

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Aborto con resultado muerte-lesiones graves : (análisis
técnico-jurídico del último párrafo del artículo 411 del
Código Penal Español)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Susana Huerta Tocildo

Madrid, 2015

ABORTO CON RESULTADO MUERTE-LESIONES GRAVES

(Análisis técnico-jurídico del último
párrafo del artículo 411 del Código
Penal Español).

TESIS DOCTORAL



- SUSANA HUERTA TOCILDO -

CAPITULO 12

**CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE ABORTO Y BIEN
JURIDICO PROTEGIDO.**

EL CONCEPTO JURIDICO PENAL DEL ABORTO

A) CONCEPTO DE ABORTO

El último párrafo del artículo 411 del Código Penal español (objeto del presente trabajo de investigación), inserto dentro del capítulo relativo al delito de aborto, y más en concreto, dentro de la modalidad de aborto realizado por un tercero dice así: "Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por -emplear medios inadecuados para producir el aborto re-sultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número primero del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y -si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor" (1).

(1) El aborto contituyó delito en nuestro país desde -- tiempos remotos. Ya el Fuero Juzgo lo preveía en el título III del libro VI, castigando a la mujer que aborta se y al hombre que la haviere abortar con la pena de -- muerte (leyes I y VII, vid. GROIZARD. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo IV 2ª Edición. Madrid 1912), recogién dose posteriormente en las Partidas (Ley VIII, Título VIII, p. VII)), dónde el delito recibe la misma punición. El Código Penal de 1822 lo tipifi ca en su artículo 639, distinguiéndose ya entre aborto consentido y no consentido y entre aborto consumado y - tentativa, y castigando el auto aborto en el art. 640. En el Código de 1848, la estructura del delito de aborto es similar a la actual, distinguiéndose entre aborto doloso realizado por un tercero (con o sin consentimiento de la mujer: artículo 328), aborto no intencional - (artículo 329), y auto-aborto, en el cual se incluye el supuesto de aborto honoris causa (artículo 330), con --

Una primera aproximación al tema nos enfrenta con el análisis de los elementos del tipo y, en primer lugar con el del término "aborto". ¿Qué entendemos por tal?

1. CONCEPTO VULGAR Y CONCEPTO OBSTETRICO

Vulgarmente, se entiende por aborto "la interrupción del embarazo, sea espontánea o provocada, si se efectúa en una época en la que el embrión humano no pueda aún vivir fuera del seno materno" (2).

... con agravación de la pena para el facultativo que, abusando de su arte causare un aborto o cooperare en él (artículo 331), repitiéndose esta regulación en el Código de 1850 (arts 337, 338, 339 y 340 respectivamente). El Código de 1870 dedica al delito de aborto los artículos 425 a 428, separando el aborto llevado a cabo por un tercero del realizado por la propia embarazada, y previniendo la modalidad de aborto no intencional (actual artículo 412), y agravando la pena cuando el agente fuese facultativo, además de sancionar la hipótesis de venta de un medio abortivo por parte de un farmacéutico, sin la debida prescripción médica. La regulación del aborto en el Código de 1928 es similar a la del Código de 1870, si bien en aquel las penas no se señalan entre un máximo y un mínimo sino que están sujetas a una determinación taxativa (artículos 525 a 529). Nada se dice aún respecto de los resultados letales o lesivos ocasionados por la operación abortiva que, por primera vez aparecen mencionados en el Código de 1932 cuyo artículo 417, párrafo último dice así: "cuando a consecuencia del aborto, resultare la muerte de la mujer embarazada, se impondrán las penas respectivas en su grado máximo, siempre que hubiere mediado imprudencia y no correspondiere mayor pena, conforme al artículo 558". Como puede observarse, la primera alusión legal a los resultados mas graves elude la responsabilidad objetiva a través de la exigencia de culpa respecto respecto del resultado más grave y además, no incluye las hipótesis de delito imposible por inexistencia del objeto o por inidoneidad de los medios, acompañado del resultado previsto (muerte-lesiones

La anterior definición coincide con la que extraemos de la Ciencia obstétrica, girando ambas en torno a la idea de la no viabilidad del producto de la concepción (3) y de la equiparación entre aborto espontáneo y aborto provocado (4).

Esta conceptualización carece de validez jurídica ya que resulta, de una parte, demasiado restringida al ceñirse a supuestos de inviabilidad fetal (siendo así que como trataremos de demostrar más adelante, la viabilidad del feto o no inviabilidad es indiferente a efectos penales), y, de otra, excesivamente amplia al incluir - en su seno tanto el aborto espontáneo (impune) cuanto al aborto provocado (punible). Distinto ha de ser, pues, el concepto que demos de aborto desde un punto de vista médico legal.

.... graves) la redacción del párrafo que nos ocupa, tal como ha llegado a nuestros días, se debe al Código de - 1944, influenciado por los artículos 4º y 5º de la ley de 24 de Enero de 1941.

(2) Diccionario Enciclopédico Abreviado. Tomo IV. pag. 86, 7ª edición. Madrid 1957. El Diccionario de la Lengua Española define el término abortar como "parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir". (19ª ed. pag. 6 Madrid 1970).

(3) LOPEZ-GOMEZ-GISBERT CALABRIG. Tratado de Medicina legal. II. 3ª edición, página 130 y 131. Valencia 1970; FRANCHINI. Medicina legale in materia penale, 6ª edición, página 193. Padova 1972.; TOCCI, II Procurato aborto. -- Trattato medico-legale. página 158. Milano 1954; BENASSI Aborto, Giustizia Penale, I, pág. 321. 1960. ASCARELLI Quesiti medico-legali in tema di aborto procurato. Giustizia Penale, I, pág. 308, 1932.

(4) IRURETA GOYENA. Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y otras personas incapaces. pág. 9. Montevideo 1932.

2. LA LEY DE 24 DE ENERO DE 1941.

La ley de Protección de la Natalidad de 24 de Enero de 1941 nos ofrece, en su artículo 1º, una definición legal del aborto punible: "a los efectos de la presente ley, se considera aborto no sólo la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción, sino también su destrucción dentro del seno de la madre". Definición legal que FERRER SAMA califica de defectuosa "al prescindirse en la misma, de un elemento tan esencial al delito de aborto como es el del resultado de muerte del feto" (5). Y, como señalan DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURILLO a tenor de la definición legal de la ley de 24 de enero de 1941, habría que considerar aborto el supuesto de simple parto realizado con toda clase de garantías para la vida del feto y para la vida e integridad física de la mujer" (6).

Aparte de las deficiencias técnicas del concepto - dado por la precitada ley, se nos plantea el problema - de la validez o no del mismo en relación con los tipos de aborto contenidos en el Código Penal.

En efecto, siendo el Código de 1944 (en el que, por primera vez, aparece el párrafo objeto de nuestro estudio) fiel trasunto en la relativo al delito de aborto, - de la ley aludida, cabe preguntarse si lo que es válido "a los efectos de la presente ley" lo es también en relación con el artículo 411. No creemos que haya sido ésta -

(5) FERRER SAMA. Comentarios al Código Penal. Tomo IV. 1ª ed. pág. 301. Madrid 1956.

(6) DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURILLO. Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra las personas, - pág. 325. Madrid 1962.

la voluntad del legislador, aún cuando calle el Código en lo relativo a qué ha de entenderse por aborto. El silencio de la ley respecto de un concepto no implica necesariamente la remisión a todo texto legal en el que se dé una referencia del mismo; por otra parte puede interpretarse que, incorporada la ley de 1941 prácticamente integra al articulado del Código Penal, si el legislador no ha trasladado expresamente a dicho texto el concepto en aquella expuesto es, precisamente, porque no lo ha querido tener en cuenta. Pensamos, por ello, que el concepto de aborto ha de ser elaborado a través de la exégesis doctrinal (7).

3. ELABORACION DOCTRINAL

Superada ya la tesis de TARDIEU según la cual aborto "es la expulsión prematura y violenta del producto de la concepción, independiente de si se produce o no la destrucción del feto" (8), (definición que llevaría a calificar de aborto las hipótesis de parto acelerado muy distintas, como veremos más adelante, de las prácticas abortivas), observamos que las distintas definiciones --

(7) QUINTANO.- GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial -- del Derecho Penal. Tomo I. Volumen I. Infracciones contra las personas en su realidad física, pág. 539. Madrid 1973. En igual sentido: RODRIGUEZ DE WESA. Derecho Penal Español. Parte Especial. pág. 77. Madrid 1975. En contra en el sentido de considerar que continúa en vigor el concepto de aborto dado por la ley de 1941. aún no habiendo sido expresamente incluido en el Código. vid: DEL ROSAL COBO y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas, cit. pág. 325. En cuanto al punto de vista jurisprudencial, la sentencia de 11-III-1974 dice que aun cuando el concepto dado por la ley de 24-I-1941 conserva importancia y especial relieve dado que el Código Penal no define de modo

ofrecidas por los autores coinciden en los puntos siguientes:

a) Aborto es la violenta interrupción del embarazo (o proceso fisiológico de maduración del feto), antes - de que éste haya llegado a su término normal.

b) Es indiferente que, en el momento de la acción, el feto sea o no viable.

c) A los efectos de calificación como delito de -- aborto, es, así mismo, indiferente que la destrucción - del feto se produzca dentro del vientre materno (aborto interno), o mediante la expulsión violenta y provocada del producto inmaduro, que produce la muerte del mismo.

Por consiguiente, y como punto de partida de nuestro trabajo, podríamos aceptar la definición dada por - VANNINI, según la cual, aborto es "la destrucción del - feto, viable o no, efectuada dentro o fuera del claustro materno y debida a la interrupción violenta y dolosa del proceso fisiológico-gravídico" (9).

... genérico el aborto, las constantes y unánimes críticas que ha merecido este concepto legal hacen que pueda aceptarse la definición doctrinal según la cual el aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier de los momentos anteriores a la terminación de la gestación, con o sin expulsión del vientre de la madre.

(8) TARDIEU. Etude sur l'avortement, pág. 4. Paris 1920.

(9) VANNINI, Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale Isingoli delitti e le singole con travvenzioni. pág. 235 Milano 1951. y en Quid iuris. Manuale di esecutioni pratiche in Diritto Penale. Vol. V. Aborto-Omicidio Preterintenzionale. Milano 1950. vid. En el mismo sentido, aunque la forma de expresarlo varía, ALIMENA, Dei Delitti contro la persona. L'aborto. Enciclopedia del Diritto Penale italiano. Vol. IX. pág. 687. Milano 1909; ALTAVILLA. Delitti

4. TESIS JURISPRUDENCIAL

Coincide esta definición con la doctrina jurisprudencial al respecto. Así, la Sentencia del Tribunal Su-

... contra la persona. pág. 317. Milano 1934; ANTOLISEI Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. 6ª Ed. aggiornata a cura di CONTI. I. pag. 84 Milano. 1972. BOTTINI Sul delitto di aborto nella gravidanza extrauterina. Giustizia Penale 1948. I. pag. 195; CARRARA. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol I. Trad. por ORTEGA - TORRES y J. GUERRERO. pag. 340 (1.252). Bogotá 1957; --- FRANCHINI, Medicina legale. cit. pág. 194; JANNITTI-PIRO MALLO, II. Codice Penales commentato e illustrato. vol. III Titolo X. pág. 153. Milano 1936; LEONE. D'ell'oggettività giurádica dei delitti di aborto. Annali di Diritto e Procedura Penale 1936 pag. 725; MACCAGI. Sul titolo di reato per manovre abortive in caso di gravidanza ectopica. Rivista Penale, pág. 950. 1936. MANZINI. Trattato di Diritto Penale italiano. Vol. VII. pág. 572. Torino 1963; PANNAIN Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. Tomo I, pg. 517 Torino 1957; vid del mismo autor: Aborto. Nuovo Digesto italiano. Tomo I. pg. 81. TORINO 1957; PESSINA. Aborto - procurato. Enciclopedia giurídica italiana. Vol. I. Parte I. pg. 61. Milano 1884; RANIERI, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. III. pg. 107. Padova 1952; SABATINI. Istituzioni di Diritto Penale. Parte Speciale. -- Vol. II. 3ª ed. pg. 79. Catania. 1947; SALTELLI-ROMANO DI FALCO. Commento teórico-práctico del nuevo Codice Penale. Vol. IV. Titolo X. pg. 131. Torino 1940; TOCCI. II - procurato aborto, cit. pg. 158 y 159; ZUCCALA, Aborto. Enciclopedia del Diritto. I. pg. 132. Milano. 1958.

Y, entre los autores alemanes, vid: BINDING. Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. B.T. Band. pg. 37. Leipzig 1902, una nueva impresión de esta edición. - Hamburgo 1969; ^{vic} LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. pg. 309. Berlin und Leipzig 1927; VON+HIPPEL. Lehrbuch des Strafrechts. pag. 193 Berlin 1932. MAURACH. Deutsches Strafrecht. B.T. 5ª Aufl. pg. 57. Karlsruhe 1969; MEZGER -BLEI. Strafrecht. II. B.T. 9ª Aufl. pg. 31. Berlin 1966; WELZEL. Das Deutsche Strafrecht. B.T. 11ª Aufl. pg. 300. Berlin, 1969; SCHONKE-SCHRODER. Strafgeset

premo de 3-II-1968 dice que el aborto "consiste en la - muerte (10) o destrucción maliciosa del producto de la humana concepción o embrión (11), tanto ocasionada en -

... zbuch Kommentar. 17^a. Aufl. pg. 1152. München 1974; LEIZIGER KOMMENTAR. Strafgesetzbuch. 9^a Aufl. 2^a Bd. pg. 10 (218). Berlin 1974.

Por último, entre los autores de habla hispana, vid. CAMAÑO ROSA. El delito de aborto. pg. 51. Montevideo 1958 CUELLO CALON. Cuestiones penales relativas al aborto. pg. 67 y 68. Barcelona 1931; del mismo autor: Tres temas penales. El aborto criminal. pag. 46. Barcelona 1955. FERRER SAMA ^{Comentarios} cit. pag. 303. GISEBERT CALABUIG. Tratado de Medicina legal. cit. pag. 131. RODRIGUEZ DEVESA, en ANTON ONECA, - RODRIGUEZ MUÑOZ, JASO, RODRIGUEZ DEVESA. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. pag. 244. Madrid 1949; QUINTANO GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. Tomo I Vol. I. cit. pag. 607; RODRIGUEZ DEVESA. Derecho Penal Español.- Parte Especial. cit. pag. 77. DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas cit. pag. 327.

(10) Al término muerte preferimos el de destrucción pues sólo muere lo que ya ha tenido vida y el feto conforme -- más adelante veremos no la tiene, en el sentido de vida - humana.

(11) Según el Diccionario de la Lengua Española de la -- Real Academia (cit. pag. 615) feto es "el producto de la concepción de una hembra vivípara. desde que pasa el periodo embrionario (que dura desde la fecundación hasta - el tercer mes del embarazo) hasta el momento del parto". No se da esta distinción a efectos legales, empleándose sinónimamente los términos "feto", "embrión", y "producto - de la concepción".

el interior del seno maternal, como por causar su prematura y anticipada expulsión y muerte externa por carencia de condiciones de viabilidad" (12). Por su parte la sentencia de 29-IX-1970 establece la indiferencia - acerca de la viabilidad o inviabilidad fetal a los efectos del delito de aborto (13).

B) DISTINCION ABORTO-PARTO PREMATURO

Una vez hallado el concepto de aborto, no es tarea difícil el distinguir los supuestos de tentativa de -- aborto y de parto acelerado: estaremos en presencia del primero siempre que, con intención de destruir al feto ("de propósito"), se hayan realizado actos ejecutivos que culminen en la expulsión del producto de la concepción pero no en su destrucción, dado el grado de desarrollo alcanzado por éste que le permite la vida independiente. Por el contrario, si la intención del agente no va encaminada a la destrucción del feto sino a la anticipación de su expulsión, se dará un supuesto de parto acelerado, no constituyendo esta segunda hipótesis delito

(12) En el mismo sentido vid. STS de 18-XII-1952; 1-VII-1955 y 13-I-1969; 31-I-1973; 11-III-1974; y 4-III-1974. La STS de 27-X-1964, en cambio, confunde los supuestos de aborto y parto prematuro, al definir el primero como "cometido siempre que una mujer dé a luz antes de tiempo mediante arte que lo provoque", cometiendo el mismo error la STS de 20-XII-1960 que define el aborto como "la anticipada y violenta expulsión del claustro materno", sin aludir a su destrucción, salvo en la modalidad de "destrucción intrauterina".

(13) El que no se requiera que el feto sea viable no significa que no sea necesario que esté vivo (entendiendo que lo está cuando el proceso de su desarrollo intrauterino no ha sido ya interrumpido). Sobre este tema volveremos al tratar del objeto material del delito de aborto.

alguno (14). En el caso de que el aceleramiento del parto acaree la muerte del feto, no puede hablarse de aborto culposo (aún cuando se produzca una omisión del deber de diligencia) puesto que el tipo excluye tal configuración al requerir el propósito como elemento subjetivo del injusto (15). Finalmente, si del parto anticipado se derivan la muerte o lesiones graves de la embarazada, esta hipótesis queda fuera del último párrafo del artículo 411 puesto que no ha habido aborto alguno. En el caso de que haya habido imprudencia o negligencia por parte de la persona que provoca el parto, podrían considerarse como muerte (homicidio) o lesiones culposas (16);

(14) Vid en el mismo sentido: ALIMENA. L'aborto. Enciclopedia... cit. pag. 690; BENASSI. Aborto. cit. pags. 333 y 334; PANNAIN. Aborto. cit. pag. 82; ROSSI. Impunità e sanzioni nelle varie ipotesi di procurato acceleramento del parto. Giustizia Penale 1935. II. 861. 1.158; MAURACH. Deutsches Strafrecht. B.T. cit. pag. 57; MEZGER-BLEI. Strafrecht. II. cit. pag. 32; SCHNYDER. Das Versuch am untauglichen Objekte in Falle der Abtreibungshandlung an einer Nichtschwangeren. Diss. pg. 8. Solothurn 1950.

(15) PANNAIN. Aborto. cit. pag. 82; ROSSI. Impunità e sanzioni.. cit. col. 1.162; MAURACH B.T. cit. pag. 57; - MEZGER-BLEI. Strafrecht II. cit. pag. 32 y en general, todos los autores italianos y alemanes, dada la peculiar configuración de los delitos culposos (únicamente punibles cuando estén expresamente tipificados) en estos Derechos. El problema se presenta diverso en nuestro Código, dada la estructura genérica que presenta la culpa en el artículo 565. tema que trataremos a la hora de enfocar el aspecto subjetivo del delito de aborto.

(16) Así: GUZZON. Dell'aborto terapeutico. Archivio Penale 1960 pag. 380. y PANNAIN. Parte Speciale cit. pag. 525 ALTAVILLA (Delitti contro la persona cit. pag. 327), por su parte, opina que, en este caso, estaríamos en presencia de un homicidio preterintencional, lo que nos parece

en otro caso, al no darse una acción inicial ilícita, ni una omisión de la diligencia debida, la muerte de la mujer o las lesiones graves por ella sufridas entrarían dentro de los estrechos márgenes de la eximente de caso fortuito.

C) EL PROBLEMA DEL BIEN JURIDICO

No se puede, hoy por hoy, hablar de aborto sin que surja inmediatamente la polémica acerca de su punición o impunidad. Factores políticos, sociológicos, éticos y médicos son manejados, en no pocas ocasiones, por partidarios y detractores del aborto con una alegría que no merece la seriedad del problema; creemos en cambio que la solución ha de buscarse a partir de un enfoque jurídico del mismo, y de la respuesta que demos a dos preguntas fundamentales: ¿hay, en la práctica de la operación abortiva, un bien que el Derecho deba proteger y cuya lesión o puesta en peligro deba castigar?; y, suponiendo que la respuesta sea afirmativa, ¿Cual es el bien jurídico protegido por los distintos tipos de aborto?.

Aún cuando algunos piensen que la primera pregunta es innecesaria por lo obvio de la respuesta (sobre todo en aquellos países que mantienen el aborto dentro de sus catálogos punitivos), creemos que esta objeción debe --

.... erróneo pues falta la intención del agente encaminada a producir un delito menos grave. De la misma opinión que ALTAVILLA es VANNINI (Quid iuris V.cit. pg. 44) en el caso de que la mujer no haya consentido el aceleramiento del parto, reservando la aplicación del homicidio culposo para aquellos supuestos en los que se haya obrado con su consentimiento.

calificarse de prejuicio, no confirmado ni histórica - ni comparativamente. En efecto, el aborto no siempre - ha sido castigado en el tiempo (17) ni lo está hoy en día, en muchas legislaciones de ideología tan diversa como pueden ser los países socialistas y los pertene-- cientes al entorno capitalista (destacando, entre estos

(17) En la Grecia antigua, el aborto no estaba castiga do, siendo, incluso, defendido, a nivel filosófico, por Platón y Aristóteles (de éste último arranca la idea, vigente durante siglos, de que la animación ocurría en el 40º día del embarazo en los varones, y en el 80º en las hembras), aún cuando ya en el juramento de Hipócra tes encontramos una prohibición para los médicos de -- efectuar la operación abortiva (para mas datos, vid. E. NARDI. Procurato aborto nel mondo greco romano. Milano 1971).

En Roma el aborto no se castigó (por ser considerado el feto una portio mulieris), sino hasta tiempos de Septimio Severo, pero sólo en aquellos casos en los que la decisión de la mujer atentase contra el derecho del es-- poso a tener descendencia. Posteriormente, Justiniano - lo estigmatiza, puniéndose expresamente, en el Digesto con la pena de exilio (Ley VIII, tit. VIII. lib. XLVIII y Ley XXXVIII. tit. XIX. lib. XLVIII). La escolástica - recoge la distinción aristotélica entre feto animado y feto inanimado, siendo impune la destrucción del segundá mientras la del primero se castiga con penas severísimas incluida la pena de muerte (vid. Fuero Juzgo. cit. en - nota 1, y Constitutio Criminalis Carolina de 1532). Du-- rante toda la Edad Media, el aborto se considera un cri-- men nefando, debido ello al auge que la doctrina canóni-- co-medieval va teniendo en toda Europa, recogida y expan-- dida por obra y gracia de la creciente intervención reli-- giosa en asuntos estatales. Las Leyes de la Edad Moderna recogen estos criterios, incorporándose, en el momento - de la Codificación, a los textos de los diferentes países de los que, sólo en pleno siglo XX, abandonada ya por la Iglesia la antigua distinción entre feto animado y feto inanimado, (en 1918, por primera vez, con el Codex iuris canonici), va paulatinamente saliendo, (para un mayor es-- tudio del tema, que no llevamos aquí a cabo por razones

últimos, la postura adoptada por los Estados Unidos de Norteamérica que han llegado a declarar anticonstitucional toda ley que tienda a reprimir el aborto (18). Por ello, antes de tomar partido, consideramos necesario dar una breve ojeada a las legislaciones de índole permisiva.

.....de tiempo y de insuficiente especialización en temas históricos. vid. EHINGER. Geschichte der Motive des Abtreibungsbestrafung; München 1908; FRICKE. Das Verbrechen der Abtreibung Bern Leipzig 1909. PERL. Der rechtliche Schutz der Leibesfrucht in alten und in modernen recht. Breslau 1.915; todo ellos citados por CUELLO CALON en Tres Temas Penales cit. pag. 10-13 y 15).

(18) La decisión del Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos tuvo lugar en el 22 de enero de 1973 (Ya de 26-I-1973), prohibiéndose en ella (y para todo el territorio USA) toda legislación anti-aborto por considerarla anticonstitucional, ya que atentaría contra la enmienda 14ª de la Constitución que proclama el derecho de todo ciudadano a la vida privada. La decisión fue -- adoptada por siete votos a favor y dos en contra, y fundamentada por el juez H. BLACKMUN, portavoz de la mayoría, en la idea que "el feto no es persona, según la -- Constitución, y por lo tanto no tiene un derecho legal a la vida". Sin embargo, esta decisión no puede interpretarse como la introducción en los Estados Unidos del -- aborto libre, ya que su práctica está sometida a los siguientes condicionamientos: 1) en los tres primeros meses, la decisión de abortar y su ejecución deben dejarse al juicio médico del facultativo que atiende a la mujer embarazada. Después del primer trimestre, cada estado puede regular su propio procedimiento abortivo "en términos que estén razonablemente referidos a la salud de la mujer". Sólo después de que el feto se haya desarrollado lo suficiente como para tener la oportunidad de sobrevivir "per se", "un estado puede regular e, incluso, prescribir el aborto, excepto cuando éste sea necesario para preservar la vida o la salud de la madre" (datos extraídos de la revista Time de 5 de Febrero de 1973).

1) A) BREVE APUNTE COMPARATIVO

El primer Código contemporáneo que no incluye el aborto dentro de sus tipologías es el ruso post-revolucionario. Por Decreto de 18 de Noviembre de 1920 se permite el aborto bajo determinadas condiciones, con el fin de ayudar a la mujer a emanciparse a través de su incorporación al proceso industrial que entonces comenzaba-- (19). Las reglas contenidas en el mencionado Decreto pasaron, posteriormente, a los Códigos de 1922 (artículo 146) y 1926 (artículo 140) y continuaron vigentes hasta los años treinta en que el Estado soviético vislumbra la idea de que el desarrollo industrial únicamente puede alcanzarse a través de un fortalecimiento de la familia; - fruto de esta nueva concepción es el Decreto de 27 de Junio de 1936, en el que se prohíbe el aborto excepto en el caso de peligro para la vida o integridad física de la mujer (20) Decreto que se recoge en el texto punitivo

(19) Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung in den Osteuropäischen Ländern. Studien des Instituts für Ostrecht - München. Herausgegeben von Prof. Dr. Reinhart Maurach. München, und Walter Rosenthal. Berlin. Herrenalb/Schwarzwald. 1962. pag. 52.

(20) En el Preámbulo de este Decreto se alega, para justificar la ruptura con la anterior visión que protegía como único bien jurídico la vida y salud de la mujer, que en el año 1920, y en condiciones económicas desastrosas la U.R.S.S. no contaba con medios suficientes para detener la plaga del aborto, que siempre es un mal, salvo la represión (con el consiguiente riesgo para la vida y salud de la abortante) o la liberalización, optándose, entonces, por ésta última solución. Mientras que en el momento presente, dice el Decreto, ya contamos con medios económicos suficientes para evitar el hambre y para luchar contra el aborto. (vid. Abtreibung und Schwangerschaft

a través de la modificación del artículo 140, con ^{posteriores} algunas modificaciones (Decreto de 5-VIII-1954 y 23-XI-1955 Ordeh de 23-XI-1955). Esta situación se prolonga hasta 1960. fecha en la que el artículo 116 del nuevo Código Penal vuelve a legalizar el aborto, sometiendo su práctica a determinados requisitos (21). La nota común a to do este proceso es el respeto que en todo momento se de muestra por el principio de la emancipación femenina, y la omisión, en todo lugar, del término "destrucción del feto", resaltándose, en cambio, como bien jurídico pro tegido la vida y salud de la madre (22).

... tsunterbrechung in den Osteuropaischen Ländern. cit. pag. 54). En realidad, el verdadero motivo de esta criminalización del aborto era de tipo demográfico, pues - la mano de obra escaseaba en la Rusia de la Revolución industrial debido al descenso de la natalidad y al envejecimiento de la población.

(21) El aborto únicamente está permitido en los tres primeros meses de embarazo. Se prohíbe que lo realice otra persona que no sea un médico, siendo punible el aborto realizado por un tercero, e impune el auto-aborto (quizá debido a la consideración de que, siendo el bien jurídico protegido la vida y salud de la embarazada, está pue de disponer libremente de dicho bien). El médico que practica un aborto únicamente merecerá sanción si lo hiciera fuera de un Hospital o en condiciones insalubres, con ánimo de lucro. Si de la ejecución del hecho se derivase la muerte de la mujer, habrá una cualificación - por el resultado sólo en aquellos casos en los que abor to sea llevado a cabo desoyendo la Reglamentación; cuan do la muerte sea debida a una conducta negligente por parte del médico, éste responderá a título de homicidio culposo (Datos extraídos de SIMSON-GEERDS) Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht pag. 98. München 1969.

(22) NAPOLITANO. L'aborto nella lege penale sovietica. Scuola Positiva 1934. pag. 14. Vid. en el mismo sentido Abtötung und Schwangerschaftsunterbrechung in den Osteuropaischen Ländern. cit. pag. 57.

A partir de la segunda guerra mundial, se asiste en toda Europa a un movimiento progresivo de liberalización del aborto. En 1938 se permite en Suecia el -- aborto cuando la vida de la madre sea puesta en peligro por el parto, y cuando los cuidados necesitados -- por el niño puedan perjudicar la salud física o mental de la madre (23).

Unos años después, el bloque de los denominados países socialistas procede a la liberalización del -- aborto: En Bulgaria, el artículo 135 del Código Penal es modificado por la Ley de 5 de abril de 1956 (24), -- permitiéndose el aborto libre en los tres primeros meses del embarazo; sin embargo, el hecho de que la población disminuyese radicalmente en los años sucesivos hizo que, en 1968, se declarase deber patriótico "el -- tener hijos", no pudiendo abortar sino aquellas mujeres que ya hubiesen alumbrado por lo menos una vez, a no -- ser que su vida fuese puesta en peligro por la continua-

(23) Las reglas contenidas en esta primer intento sueco de liberalización (ley de 17-VI-1938) son las siguientes: El derecho a abortar ha de ser concedido por una comisión. Las causas por las que se permite el aborto son las siguientes: indicación eugenésica, indicación ética, que la mujer sea menor, o enajenada, o retrasada mental, y que se pueda esperar que uno de los progenitores transmita al niño una tara psicológica grave (datos extraídos de SIMSON-GEERDS, cit. pags. 117 y 118).

(24) Al igual que en la URSS sólo es punible el aborto realizado por un tercero en condiciones antisalubres -- (pudiendo elevarse la pena hasta un máximo de cinco -- años si el autor no tiene cualidad de médico). El auto-aborto es impune. Para estar permitido, el aborto ha de ser llevado a cabo en los tres primeros meses en un Hospital estatal (vid. SIMSON-GEERDS. cit. pags. 106 y 107)

ción del embarazo, o que éste se debiera a violación - (25).

El Código Penal checoslovaco de 1950, fuertemente influenciado por la ley soviética entonces en vigor - (no olvidemos que en Febrero de 1948 se había producido en Checoslovaquia un cambio de naturaleza revolucionaria que instaló a los comunistas en el poder), castigaba el aborto salvo en los casos en los que se diera una indicación médica o eugenésica (artículo 218). La ley de 19 de diciembre de 1957 modificaba esta situación permitiendo el aborto en determinadas circunstancias y bajo determinados requisitos, desarrollados por un Decreto posterior del Ministerio de la Salud Pública de 13 de Septiembre de 1961; La nueva regulación recibe acogida en los artículos 227 a 229 del Código Penal de -

(25) "YA" de 24 de julio de 1973 ("Abortos en el Este"). En efecto, la disposición del Comité Central del Partido Comunista de 8 de diciembre de 1967, estipula que el Ministerio de la Salud Pública debe publicar nuevas reglas concernientes a la legalización del aborto, conteniendo las siguientes medidas restrictivas: 1) El aborto está prohibido en el supuesto de primer embarazo, -- salvo que éste sea debido a violación o incesto, o haya indicaciones médicas o genéticas; 2) en el caso de mujeres de 45 o más años, o que tengan mas de tres hijos, o que estén solteras, la interrupción del embarazo puede hacerse sin que la interesada necesite la autorización de la Comisión médica prevista por la ley; 3) las mujeres que tengan 1 ó 2 niños no obtendrán autorización para abortar mas que por indicación médica, después del examen de su situación por la Comisión médica prevista por la ley; 4) la mujer no puede abortar más de dos veces al año. Se insiste en la importancia del papel del médico o de las organizaciones médico-sociales en la decisión a adoptar. En cuanto al aborto terapeutico, la autorización es concedida, sin más condicionamientos, cada

1961, interpretado, a su vez por el Decreto de 21-XII-1962 (26). A partir del año 1973, también en este país se imponen restricciones a esta actitud permisiva debidas una vez más, a consideraciones de tipo demográfico, no pudiendo interrumpir su embarazo, a partir de este momento, las mujeres sin hijos o con un único hijo (27).

Hungría declara legalizado el aborto a partir del Decreto de 4 de Junio de 1956, desarrollado por una orden del Ministerio de la Salud de 24 de Junio del mismo año, y plasmados ambos en el artículo 256 del Código Per-

vez que el aborto pueda comprometer la vida de la madre o el desarrollo del feto. (Datos extraídos de AVORTEMENT ET CONTRACEPTION. Coloquio mentenido en Marzo de 1971. Edición del Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas pgs. 81 y 82).

(26) El auto-aborto es impune, así como el hecho de que la embarazada consienta que un tercero se lo practique. Estos terceros serán punibles cuando lo realicen en forma distinta a la prevista por la ley, aún cuando mediare el consentimiento de la embarazada (artículo 228). El aborto efectuado sin consentimiento de la mujer está -- gravemente penado. La interrupción legal del embarazo -- ha de ser realizada en Hospitales y durante los tres primeros meses de la gestación; únicamente en el caso de la indicación médica o de la eugénésica puede transgredirse dicho plazo. Los motivos que pueden ser alegados son los siguientes (expresamente reconocidos por el artículo 5º del Decreto de 1962); 1) edad de la mujer; 2) tener tres o más niños; 3) haber perdido al marido o invalidez de éste 4) desorganización de la familia; 5) amenaza al nivel de vida; 6) que el equilibrio de la familia y de los niños ya habidos se vea comprometido por el nuevo embarazo; - 7) situación difícil de una mujer no casada; 8) embarazo por causa de violación u otro delito. (vid. SIMSON-GEERDS cit. pgs. 101 y 102).

(27) "YA" de 24 de Junio de 1973 ("Abortos en el Este").

nal de 1961 (28). A partir de entonces, el índice de natalidad experimenta un descenso tal que le ~~w~~onvierte en el más bajo de los países europeos (29).

En cuanto a Polonia, el Código Penal de 1932 es modificado, en lo relativo al aborto, por la ley de 27 de abril de 1956 que deja sin vigor los artículos 231 a 234 del mencionado texto legal. En el preámbulo de esta ley se puede detectar claramente el cambio de mentalidad respecto del fenómeno abortivo: mientras que en textos legales anteriores se protegía el bien jurídico de la vida del feto, el citado preámbulo dice expresamente que la ley tiene por finalidad el proteger la salud de la madre, bien jurídico que sustituye al hasta entonces protegido de la vida futura del feto (30). El Decreto de 19 de diciembre de 1959 regula las cuestiones de procedimiento (31).

(28) Se castiga al aborto realizado por un tercero cuando lo es fuera de un Hospital. El auto-aborto es punible (hasta un límite de seis meses de pena). El aborto ha de llevarse a cabo en los tres primeros meses de la gestación y por uno de estos motivos: indicación médica eugenésica, ética o ~~soc~~ial. (vid. SIMSON-GEERDS. cit. pgs. 104-106).

(29) Se calcula que, en 1966, el número de abortos clandestinos fue de 60 por cada 100 nacidos vivos, aumentando en 1967 a 135 por cada 100 nacidos vivos (datos extraídos de la revista Vida Mundial. "Aborto. Quebrar as cadeias da ilegalidade". pg. 37. nº 1. 863. 29-V-1975).

(30) Vid. Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung in den Osteuropäischen Ländern. cit. pág. 83.

(31) El auto-aborto es siempre impune, mientras que se pena la participación en el msmo. El aborto realizado por un tercero que no sea médico puede ser castigado con una pena de, a lo máximo, tres años (si hay consentimiento -

En Rumania, el Decreto de 25 de septiembre de 1957 (ratificado por la ley de 29 de diciembre del mismo año) permite la interrupción del embarazo cuando la embarazada así lo solicite, estableciendo en su artículo 2º, como única condición, que la operación abortiva se lleve a cabo en los Hospitales del Estado y de acuerdo con -- las directrices del ministerio de la Salud. El resultado de la política permisiva fue el de que, en 1961, en el Hospital Filadelfia de Bucarest se registraron trece abortos por cada nacimiento, y, en toda la ciudad, un 50% de mujeres interrumpieron sus embarazos hasta un total de cuatro o cinco veces en el mismo año. En el curso de una generación, el crecimiento vegetativo se redujo en un tercio (32). Por estos motivos, la ley de 29 de septiembre de 1966 modifica la situación preexistente, prohibiendo el aborto salvo que se den toda una serie de circunstancias especificadas en el artículo 2 de la misma (33).

... de la mujer). Si se obliga a la mujer a abortar, la pena puede llegar hasta cinco años. Se castigan los abortos clandestinos. Si una menor de 18 años se decide a abortar, precisa de la autorización de sus padres o tutores (vid. SIMSON-GEERDS, cit. pag. 98-101).

(32) "YA" de 24 de julio de 1973, artículo cit.

(33) Para que el aborto sea legal ha de darse una indicación médica, eugenésica o ético-humanitaria. No se tiene en cuenta la indicación social (salvo que la mujer sea mayor de 45 años o tenga ya cuatro niños). El aborto (ex cepto en el caso de que se dé una indicación médica) únicamente puede realizarse en los tres primeros meses del embarazo. Se castiga el auto-aborto, así como el consentimiento prestado para que un tercero lo practique (la pena va de seis meses a dos años.) El aborto ilegal realizado por un tercero se castiga con pena de uno a tres --

En Yugoslavia, la ley de 30 de junio de 1959 modifica el texto del artículo 140 del Código Penal de 2 de Febrero de 1951, castigando únicamente aquellos abortos que no han sido permitidos expresamente, así como el -- aborto realizado sin consentimiento de la embarazada. Las condiciones y el procedimiento a que debe someterse todo aborto que aspire a ser considerado legal vienen regulados por el Decreto de 16 de febrero de 1960 y por la ley de 26 de abril de 1969 (34).

Por lo que respecta al bloque escandinavo, ya dijimos cual era la situación legal en Suecia antes de que en enero de 1975 se modificase, permitiendo el aborto li
⁽³⁵⁾
bre y gratuito en los tres primeros meses. En Noruega, la ley de 11 de noviembre de 1960, establece como causas de legalización del aborto las indicaciones médica, eugénica y ética (la indicación social figuraba en el anteproyecto como artículo 4º, pero no recibió sanción legislativa) (36), modificándose con ello el artículo 245 del

... años. En el caso de que la mujer muera como consecuencia de una práctica ilegal del aborto se da una calificación por el resultado, penada con reclusión de 5 a 10 -- años (en caso de muerte), y de 2 a 5 años (en caso de grave daño para la salud). (vid. SIMSON-GEERDS. cit. pag. 107 y 108).

es impune.

(34) El auto-aborto. El aborto practicado por un tercero únicamente se castiga cuando se realiza fuera de los establecimientos médicos que reúnan una serie de condiciones higiénicas indispensables. Por lo que respecta al procedimiento, éste es similar al vigente en Checoslovaquia. (vid. SIMSON-GEERDS. cit. pag. 103 y 104).

(35) LANDROVE. Política criminal del aborto. pag. 52. Barcelona 1976.

(36) El artículo 1º de la ley de 11 de noviembre de 1960

Código Penal (37). En cuanto al procedimiento, la decisión de practicar un aborto ha de ser tomada por dos médicos y debe ser motivada por escrito. La operación no puede realizarse mas que en un Hospital adecuado y en el término de los tres primeros meses del embarazo, a no ser que existan razones particulares para sobre-pasar dicho plazo.

...dice así: "son causas de legalización del aborto: 1) el peligro grave para la vida o salud de la mujer (para la apreciación de este peligro, se tendrán en cuenta las disposiciones particulares de la mujer y su propensión a una enfermedad orgánica o mental, así como sus condiciones existenciales y otras circunstancias que puedan acarrear un perjuicio contra su salud física o psíquica); - 2) el peligro para el niño de enfermedad grave física o mental, debida a la existencia de una ~~taza~~ hereditaria en los padres, la enfermedad de la madre durante el embarazo o la lesión sobrevenida al niño a lo largo de su vida fetal; y 3) cuando hay motivos para pensar que el embarazo ha sido producido por una infracción cometida contra la mujer, e, igualmente, cuando la mujer es una alienada o posea deficientes facultades mentales".

(37) El artículo 245 queda redactado, a partir de entonces, en la forma siguiente: "Aquel que interrumpa un embarazo, o que contribuya a ello, sin cumplimentar las exigencias legales para tal operación, o sin que se haya tomado una decisión legal a tal efecto por la persona legalmente competente, será castigado: con pena de tres o más años, si obra con consentimiento de la mujer, pudiendo elevarse la pena hasta el límite de 6 años, si concurren circunstancias agravantes. Si actúa sin consentimiento de la mujer, la pena podrá llegar hasta 15 años o aún más, pudiendo incluso, ser condenado a prisión perpetua si la mujer fallece como consecuencia del aborto.

El auto-aborto será castigado con pena de 1 año o superior. Será impune cuando la mujer haya actuado en un estado de intensa agitación, o cuando existan otras circunstancias particulares atenuantes".

En Dinamarca, la ley de 24 de marzo de 1970 regulaba el aborto a partir de la denegación del principio del aborto libre: todo aborto que se deseara llevar a cabo precisaba de una autorización (excepto cuando la mujer fuese mayor de 38 años, o hubiese dado ya a luz a cuatro o más hijos vivos, o fuera menor de 18 años, o el aborto hubiera de practicarse por concurrir una indicación médica. Por lo demás, las indicaciones que podrían motivar el aborto, así como el procedimiento de realización de la operación abortiva, venían descritos por la ley (38). Recientemente la ley de 23-V-1973 ha establecido el aborto libre en las 12 primeras semanas (39).

También en Finlandia está legalizado el aborto, incluyéndose entre los motivos alegables, desde 1970 la indicación social, y prohibiéndose toda intervención -- posterior a las dieciseis primeras semanas del embarazo (salvo en el caso de aborto terapéutico) (40).

(38) Los casos en los que se autorizaba el aborto eran los siguientes: 1) cuando el embarazo se debía a una infracción sexual de la que había sido víctima la embarazada, o era el producto de relaciones incestuosas; 2) cuando al niño, debido a taras hereditarias o a contusiones o enfermedades acaecidas en estado fetal, podía sufrir una enfermedad física o psíquica grave; 3) cuando el embarazo, el parto o los cuidados requeridos por la criatura amenazasen la salud de la madre, teniendo en cuenta sus condiciones de existencia; 4) cuando, como consecuencia de una enfermedad física o psíquica, la madre no fuese capaz de cuidar debidamente al niño. Todo aborto, (salvo en casos especiales), debía ser autorizado por un Comité especial de ayuda a las madres, formado por el Presidente de la Institución (jurista o consejero social), un psiquiatra y un ginecólogo o cirujano. -

La Abortion Act de 27 de diciembre de 1967 (que - entró en vigor el 27 de abril de 1968) legaliza el aborto en Inglaterra, Gales y Irlanda. Según el artículo 1º de este texto legal, no será culpable de delito alguno quien haya realizado un aborto siempre que se cumpla -- con una serie de requisitos (41). Si estas condiciones no fueran satisfechas, cometerá delito todo aquel que - de alguna forma participe en una tentativa de aborto(42).

... Si se denegaba el aborto, podía tramitarse un recurso contra dicha decisión ante una Comisión central de - apelación. De la misma manera que en los Comités especiales, la Comisión central no podía autorizar un aborto - más que en el caso de que la decisión haya sido tomada por unanimidad.

(39) LANDROVE. Política criminal del aborto. cit. pág. 52. vid también "Informaciones" de 6-VI-1974.

(40) Der Spiegel. Mayo 1973. nº 21. pág. 41

(41) Estos requisitos son: 1) que un médico colegiado - ponga término al embarazo si dos médicos colegiados consideran de buena fé: a) que la continuación del embarazo podría en peligro la vida de la mujer encinta, o que comportaría un peligro para la salud física o mental de la madre, o de todo niño que viva en dicha familia, causando un daño más grave que en el caso de que el embarazo fuera interrumpido, o b) que exista un grave riesgo de que el futuro niño esté aquejado de anomalías físicas o mentales tales que constituirían para él un serio handicap; 2) Salvo en casos de urgencia real, el tratamiento ha de seguirse en un Hospital del Servicio Nacional de Sanidad o en otro establecimiento aprobado por el Ministerio de Sanidad.

(42) Para un estudio más detenido de la situación inglesa, vid.: HORDERN. Legal Abortion. The English Experience. Pergamon Press 1971, y CARNESBY, H.P. Abortion Explained, London 1969.

Para completar el panorama comparativo referido a las legislaciones europeas en materia de aborto (circunscripción especial que hemos efectuado por razones de herencia común y similitudes culturales con nuestro propio país), no nos queda sino analizar la situación del problema en los países mediterráneos, en Alemania (república Federal Alemana del Este), Suiza y en los países integrantes del Benelux.

El aborto constituye delito en los países del núcleo latino, con excepción de Francia en donde se ha legalizado recientemente, tras un curioso periodo de incertidumbre punitiva (43), por ley de 18 de enero de -

(43) En el Código Penal francés de 1810 se castigaba - tanto al autor del aborto como a la mujer que se dejase abortar con la pena de reclusión menor (sin distinguir entre aborto consensual y aborto forzado). El Decreto-Ley de 29-VII-1939 (siguiendo el camino trazado por las leyes de 31-VII-1920 y 27-III-1923) suaviza las penas, pero extiende, a cambio, la represión agravando la pena correspondiente al que habitualmente se dedicara a la práctica del aborto y penando la tentativa de aborto sobre mujer no encinta. La ley de 15-II-1942 declara, - por su parte, que el aborto es no sólo un crimen contra el embrión sino también contra la sociedad, el Estado - y la raza (no es por ello extraño que, en una tesis aparecida en el vecino país en 1944, se diga que el bien jurídico atacado por el delito de aborto es la seguridad interior y exterior del Estado. vid. DUMOULIN du FRAISSE L'avortement en Droit Pénal. Depuis le Code de la Famille. pag. 1. París 1944). Con todos estos precedentes incorporados, el artículo 317 del Code pénal queda redactado en los siguientes términos: "quien, mediante alimentos, brebajes, medicamentos, maniobras, violencias o por cualquier otro medio haya provocado, o intentado provocar, el aborto de una mujer encinta, o supuestamente encinta, con consentimiento de ésta o sin él, será castigado con prisión de un año a cinco años y con multa de --

1975 (44). En Portugal, España e Italia únicamente está permitido el aborto terapéutico, si bien no en forma --

... 1.800 Ff. a 36.000 Ff. La prisión tendrá una duración de cinco a diez años ; la multa será de 18.000 a 72.000 Ff. si queda establecido que el culpable se dedica habitualmente a las actividades previstas en el anterior párrafo. Será castigado con prisión de seis meses a dos años y con multa de 60 a 7.200 Ff. la mujer que se haya provocado a sí misma el aborto, o lo haya intentado, o haya consentido en hacer uso de los medios que se le han indicado o suministrado a tal efecto". previniéndose, en su último párrafo, una pena supletoria de -- suspensión en el ejercicio de su profesión por un periodo de cinco años para todas aquellas personas relacionadas con la medicina o con la farmacia que hayan colaborado en la provocación de un aborto. (vid. Petits Codes Dalloz. 1972-73).

Sin embargo, y a pesar de la represión penal, el 7 de febrero de 1973 se publica en Francia la famosa carta del Aborto, firmada por 105 personalidades de la vida francesa, especie de declaración de principios sobre la necesidad de su práctica en determinados casos, y en la que los firmantes pertenecientes a la profesión médica declaraban haber venido practicando abortos en numerosas ocasiones, desde el Otoño de 1972. Anteriormente, en abril de 1971, se había ido a conocer a la opinión pública una carta, firmada por 343 mujeres, en la que estas reconocían haber sufrido operaciones abortivas -- (vid. "Le Nouvel Observateur" (nº 334)). Ante estas confesiones públicas de haber cometido un delito de los perseguibles de oficio, el Ministerio Público debería haber reaccionado inmediatamente, si es que quería ser consecuente con la ley, procesando a todos y cada uno de los firmantes. Y, sin embargo, no fue así, lo que demostró que la ley se había convertido, respecto del delito de aborto en papel mojado. Pero cuando la tensión entre realidad jurídica y realidad sociológica llegó a su cénit fue en el curso de las sesiones del célebre proceso de Bobigny, en el que los jueces, contra legem, absolvieron a una muchacha de 17 años y a su madre, autora material del aborto "porque la legislación en la materia establecida en otros tiempos y en razón de otras costumbres, es inadaptada y, por lo tanto, inaplicable". (vid. "PUEBLO" de 16-X-1972).

(44) La Ley francesa permite la práctica del aborto has

expresa, sino a través de la aplicación de la exigencia del estado de necesidad (45). La situación, sin embargo no es homogénea, pues, mientras que en España no se vislumbran cambios a corto plazo, éstos son más posibles en Portugal, dadas las peculiaridades de su actual sistema político, en tanto que en Italia se abrió en 1972 un proceso parlamentario que puede desembocar en la legalización del aborto(46). Por lo que respecta a Grecia,

... ta el término de la décima semana del embarazo cuando la mujer presente una situación de desesperación y angustia, siempre que se den las siguientes condiciones: 1) que el aborto sea realizado por un médico, en un hospital público o en un establecimiento privado especialmente autorizado para ello; 2) que la mujer sea advertida de los riesgos médicos que comporta este acto; 3) que la mujer reciba una información escrita sobre los derechos, ayudas y ventajas que se le concede a las familias como tales, así como de la posibilidad de adopción legal; 4) que la mujer se someta a dos consultas médicas; 5) que la mujer haya consultado previamente a un Centro social de información y consejo familiar; 6) que la mujer confirme, por escrito, su intención a un médico, y si es menor de edad y soltera, se requiere el consentimiento de uno de sus padres o representante legal. Aún dándose los anteriores requisitos, la ley establece que ningún médico está obligado a aceptar una petición de aborto.

(45) De este tema trataremos en un capítulo aparte, a la hora de examinar las hipótesis de aborto no punibles por nuestra ley.

(46) En enero de 1972, el diputado socialista LORIS FORTUNA hizo pública su propuesta en favor de una liberalización del aborto (presentada ante el Parlamento italiano el 11 de febrero del mismo año, con ocasión del XLIV aniversario de la firma de los pactos de Letrán), "sólo cuando la continuación del embarazo suponga riesgo para la vida o, al menos, para la integridad física o psicológica de la mujer, o bien cuando, por razones válidas, exista la posibilidad de que el ser concebido se vea afectado

país no latino pero sí mediterráneo, su Código Penal - prohíbe todo aborto que no sea el estrictamente terapéutico.

... de anomalías físicas o mentales", bastando el informe favorable de dos médicos, aparte del "protagonista" de la operación, para que una mujer se someta a la intervención. Cuando ésta lleve a cabo sin el previo informe favorable, el aborto será considerado punible con dos años de prisión. De seis a doce años de prisión se impondrá a quien realice la operación sin consentimiento de la madre o por medio de violencia, amenaza o engaño ("REBLO") de 26 de enero de 1973). En 1975, el 18 de Febrero la Corte constitucional italiana pronunció dos sentencias en las que se declaraba lícito el aborto terapéutico e ilícito todo otro supuesto de aborto. En Diciembre de 1975, los diputados italianos aprueban el artículo más controvertido del Proyecto de ley para la liberalización del aborto, según el cual la mujer que desea interrumpir su embarazo antes del tercer mes (por violación o incesto, peligro de muerte, consecuencias en su salud física o psíquica, razones económicas, sociales o familiares) o después del tercer mes (por violación, incesto o malformación del feto), deberá dirigirse a un médico de confianza, elegido de entre una lista establecida por las autoridades provinciales. Este elenco comprenderá a los médicos que ejercen su profesión en el sector público y no hayan solicitado abstenerse de ello por razones de conciencia. Después de ciertos exámenes y una conversación con la interesada, el médico puede dar su conformidad. El aborto se efectuará bajo la responsabilidad de la mujer, en un Hospital o en una clínica autorizada ("INFORMACIONES" de 20-XII-1975).

Así las cosas (discusión del Proyecto de ley a nivel parlamentario), se producen en julio de 1976, las emanaciones del gas venenoso dioxina en el pueblecito lombardo de Meda, afectando la intoxicación a toda la región de Seveso. Las autoridades regionales lombardas, tras escuchar el informe médico relativo al riesgo de que los fetos de las mujeres gestantes expuestas al gas TCDD puedan nacer con malformaciones congénitas, decidieron autorizar el aborto terapéutico a estas mujeres, a través de una interpretación amplia del término salud, entendiendo que el alumbramiento de estos "monstruos" puede poner en peligro la salud psíquica de la madre. Que

En Alemania: Federal, el aborto está tipificado en el parágrafo 2188 del Strafrechtsgesetzbuch (47). Sin embargo,

... duda cabe que este suceso servirá para la introducción en Italia del aborto eugenésico a través de la exi mente de estado de necesidad, en tanto se proceda a una expresa regulación del problema. (Datos aparecidos en "INFORMACIONES" de 11-X-1976 y en "EL PAIS" de 12-X-1976).

(47) El texto del Strafrechtsgesetzbuch que manejamos es el Becktexte StBG-Wergeich, 2ª edición de 1 de febrero de 1975, en el cual se da, en materia de aborto, una regulación provisional, en espera del fallo del Tribunal Constitucional Federal, que se produciría el día 25 del mismo mes y año. Sin embargo, en la contraportada, se reproduce en el último momento, parte del contenido del fallo, en los términos siguientes: "II. En espera de una nueva regulación legal, se ordena, de acuerdo con el §35 del Tribunal Constitucional federal: los artículos 218 y 219, texto de la 5ª ley de reforma del Derecho Penal (5. StrRG), se aplicarán también a la interrupción del embarazo realizada en las doce primeras se manas a partir de la concepción. 2) La interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico en el curso de las doce primeras semanas a partir de la concepción, y con el consentimiento de la embarazada no será punible, a tenor del §218 del Strafrechtsgesetzbuch, cuando la embarazada ha sido objeto de una acción antijurídica de las com prendidas en los artículos 176 al 179 del mismo texto legal (abusos sexuales de niños), y hay razones fundadas para suponer que el embarazo está relacionado con esta acción. 3) Si la interrupción del embarazo es realizada por un médico, con el consentimiento de la embarazada - en las doce primeras semanas a partir de la concepción, para evitarle a la embarazada el peligro grave (e inevi table, en otra forma exigible) de un grave estado de ne cesidad, el Tribunal puede prescindir de la punición a tenor del §218 del Strafrechtsgesetzbuch".

el 5 de junio de 1974, el Proyecto presentado por el Gobierno en orden a la supresión del mencionado párrafo - es aprobado en el Bundestag por una mayoría de 240 votos favorables contra 1218 votos negativos y 4 abstenciones (48), convirtiéndose en la quinta ley de reforma del Código Penal de 18 de Junio de 1974. Así las cosas, 193 representantes del Bundestag junto a los gobiernos de los Lands de Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, des Saarlandes y Schleswig-Holstein presentaron, ante el Tribunal Supremo Federal, un recurso por anticonstitucionalidad de esta ley, entendiendo que vulneraba los artículos 1,1 y 2,2,1 de la Constitución. (49). El Tribunal Supremo estima el recurso y declara nula la ley -

(48) "INFORMATIONESS" de 6 de junio de 1974. Las líneas rectoras del Proyecto aprobado eran las siguientes: Aborto libre en las dieciocho primeras semanas del embarazo, siempre que la embarazada haya consultado a un médico sobre las consecuencias médicas que de la intervención pudieran derivarse, y que la operación sea llevada a cabo por un médico. A partir de los tres primeros meses del embarazo, para poder abortar legalmente se precisa de una autorización del Comité pertinente, certificando la concurrencia de una motivación terapéutica o eugenésica (que únicamente surtirá efectos hasta el término del sexto mes del embarazo). Se castiga el aborto realizado por una persona que no sea médico, y aquel que, sin concurrir las indicaciones señaladas, se lleva a cabo después del tercer mes del embarazo. (Der Spiegel. mayo 1973. nº 21 pág. 41).

(49) El artículo 1.1 de la Grundgesetz dice así: "La dignidad humana es inviolable. Es deber de todo poder estatal el prestarle atención y protegerla".

El artículo 2.2 dice: "Cualquiera tiene derecho a la vida y a la integridad corporal. La libertad de la persona es inviolable. Unicamente se puede intervenir en este derecho por causa de una ley."

de 18 de junio de 1974 por un fallo de 25 de febrero de 1975, en base a la consideración de que "la vida - que se está desarrollando en el vientre de la madre - es un bien jurídico "per se stante" bajo la protección de la Constitución" siendo deber del Estado "tomar en sus manos la protección de esta vida en desarrollo incluso en contra del deseo de la madre" (50)v

En la República Democrática Alemana (DDR), tras un corto periodo en que se repuso el artículo 218 del Código Penal del Reich de 15 de mayo de 1871 (recién terminada la guerra y siendo la Alemania del Este zona de ocupación soviética), se planteó la cuestión de la liberalización del aborto, optando los Tribunales por no juzgar los procesos referidos a este delito en tanto no se procediese a una nueva regulación del mismo. Esta llegó finalmente en 1950, a través de la ley de 27 de septiembre "sobre la protección de la mujer y del niño y sobre los derechos de la mujer", cuyo artículo 11 permite el aborto terapéutico y eugenésico, pero no el -- efectuado por una motivación de tipo social, ampliándose, en marzo de 1972, (Aborto libre en los tres primeros meses (ha de realizarse por un médico que debe advertir a la embarazada de los riesgos que corre). A partir del tercer mes, sólo en caso de peligro para la vida o de otras graves consecuencias, decidiendo, entonces, un Comité médico (51)).

(50) Para un estudio más profundo del fallo vid Europäische-Grundrecht-Zeitschrift (EuGRZ) pgs. 126 a 158. 1975.

(51) Datos extraídos de: Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung in den Osteuropäischen Ländern, cit. pag. 27 a 29; Der Spiegel. Mayo de 1973. cit. pg. 41 y LAN-

En Austria, el aborto está permitido en los tres primeros meses de la gestación, desde el 1-I-1975, aun que la ley esté aprobada desde diciembre de 1973 (52).

En Suiza, el aborto es punible a tenor de los artículos 118 y 119 del Código Penal (53), no obstante - lo cual, la flexible redacción del artículo 120 de este mismo texto punitivo, en relación con el tema del aborto terapéutico, dulcifica la prohibición legal, ex cluyendo de la sanción aquellas modalidades de aborto en las que se dé "un peligro que amenace la vida o la salud de la madre de una manera grave y permanente y - no puede evitarse de otra forma". Los autores suizos - consideran que esta excepción es más restringida que la prevista en el artículo 34 (estado de necesidad), ya que otras situaciones de necesidad, que no sean las es pecificadas por el texto citado, no son reconocidas -

... DROVE. Política criminal del Aborto. cit. pag. 52.
(52) "INFORMACIONES" de 6-VI-1974.

(53) El artículo 118 del Code Pénal Suisse (edición de André Panchaud. Payat. Lausanne 1967), reza así: "La em barazada que, por sí misma o por medios de un tercero, se haga abortar será castigada con prisión". Artículo 119: Será castigada con pena de reclusión máxima de 5 años o prisión, quien realice un aborto con consentimiento de la embarazada. Quien auxilie a una embarazada con vistas a abortar, 2) Será castigado con pena de re clusión de, ^{como} máximo 10 años, quien, sin consentimiento de la embarazada, la hiciera abortar. 3) La pena será como mínimo, de tres años: si el delincuente hace profesión del aborto; o si la embarazada muere a consecuencia del aborto y el delincuente ha podido preverlo".

como suficientes para despenalizar la interrupción del embarazo (54). Sin embargo, dado que el peligro para la salud de la madre se refiere a su salud ^{tanto} física cuanto a la psíquica, infinidad de abortos han sido realizados - en base a la posibilidad de que la continuación del embarazo provocase traumas en la psiquis de la embarazada (55), hasta el punto de que el cantón de Ginebra hubo de negar la práctica del aborto a las mujeres no residentes en esta ciudad dada la enorme cantidad de francesas, que antes de la legalización del aborto en Francia, acudían a Suiza buscando amparo en una legislación más permisiva que la propia.

Los países del Benelux, por su parte, mantienen la punición del aborto; sin embargo, cabe hacer distingos: así, mientras que en Bélgica se prohíbe todo tipo de -- aborto (excepción hecha del aborto terapéutico (56), en Holanda a pesar de que la Ley castiga el aborto, fundó nan numerosas clínicas en las que se practica, sin que el aparato judicial proceda contra ellas.

Toda la visión comparativa anterior, no solo permite la mera y, por razones espacio-temporales, superficial, descripción de "como está el asunto en otros países", sino algo mucho más trascendente para nuestro es-

(54) Así: HAFTER. Schweizerisches Strafrecht. B.T. pg. 82 Berlin 1937; LOGOZ. Commentaires du Code Pénal suisses. partie Speciale. I. pgs. 37 y 38. Neuchâtel 1955. STRATENWERTH. Schweizerisches Strafrecht. B.T. pg. 45 a 47. Bern 1973.

(55) Vid. GRAVEN. L'avortement licite. Révue penale suisse de 1952 pgs. 31 a 36.

(56) Vid. artículos 350, 351 y 382,5 del Código Penal belga.

tudio: la constatación de cómo, en todos aquellos de los aludidos en los que el aborto está legalizado, la evolución de la mentalidad social, apoyada en sus particulares circunstancias socio-políticas, ha desplazado de la protección jurídico-penal el bien cultural de la "esperanza de vida" o "vida futura" del feto -- (fundamentador habitual del tipo en el delito de aborto), sustituyendolo por el más real de la vida y salud (tanto física como mental) de la madre. De ahí -- que, en todos los ordenamientos permisivos que hemos examinado, únicamente se sancione la actividad abortiva cuando su realización tenga lugar en condiciones que puedan poner en peligro este último bien jurídico [57]).

Por el contrario, en aquellos ordenamientos en los que se persiste la represión de toda práctica abortiva (excepto en los casos en que se dé una indicación médica), es evidente que ello obedece a que el legislador ha entendido que en el delito de aborto subyace un bien jurídico que la ley no puede dejar de proteger. -- ¿Qué bien jurídico es éste?

(57) Vid. por ejemplo, los ordenamientos de los países socialistas, de los escandinavos e, incluso (por citar culturas distintas) de Francia: en todos estos regímenes jurídicos, únicamente se castiga el aborto cuando se realiza por un profano, o cuando la operación abortiva se lleva a cabo en circunstancias antisalubres. Y ello no porque proteja la "spes vitae" en unos casos y en otros no, sino porque lo que este tipo de legislación pretende es la evitación y el riesgo que para la vida o para la salud de la embarazada entraña todo -- aborto no controlado médicamente.

2) LA "SPES VITAE" COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La mayoría de los autores coinciden que el bien jurídico protegido por el delito de aborto es la "spes vitae", la vida en formación del feto que, en el momento del nacimiento, perderá su carácter de vida fetal y adquirirá la cualidad de vida humana (58)

Antes de proseguir, no podemos dejar de subrayar que cuando hablamos de la "esperanza de vida" como objeto jurídico del delito de aborto, nos estamos refiriendo al hecho de que la protección jurídico-penal se extiende a un proceso de desarrollo que culminará en una vida humana, pero que no lo es todavía, sino que lo "será". Y decimos esto, porque hay opiniones que defienden la punición del delito de aborto en base a estimar que en el feto ya hay vida humana (59).

(58) Así, entre otros, vid: VISCO. L'aborto criminoso cit. pg. 133; SABATINI. Istituzioni di Diritto Penale Parte ESpeciale: vol. II. cit. pag. 82; HAFTER Schweizerisches Strafrecht. B.T. cit. pag. 58; LOGOZ. Commentaire, cit. pag. 30; SCHNYDER. Das versuch am untauglichen Objekte. cit. pag. 11; STRATENWERTH. Schweizerisches Strafrecht. B.T. cit. pag. 42; MEZGER-BLEI. Strafrecht. II. cit. pag. 29; WELZEL B.T. cit. pag. 300. MAURACH. B.T. cit. pag. 57; KOLHRAUSCH-LANGE. Strafgesetzbuch. 43. Aufl. pg. 494. Berlin 1961; SCHONKE-SCHRODER Strafgesetzbuch. Kommentar cit. pag. 1.152; LEIPZIGER - KOMMENTAR. Strafgesetzbuch. cit. pag. 5. Y. entre los autores de habla hispana: CAMAÑO ROSA. El delito de aborto. cit. pag. 51. CUELLO CALON. Cuestiones penales relativas al aborto, pag. 60. Barcelona 1931; MUÑOZ CONDE.

Frente a esto es problemático, dado el estadio actualmente alcanzado por la investigación biológica el afirmar que el feto, desde el momento mismo de la concepción, posee una vida (en el sentido de vida humana) propia e independiente de la madre; por citar algunas de las más recientes tesis mantenidas por los biólogos (y sin ánimo de agotar un tema que, en sí mismo, se escapa a la determinación del jurista), citemos las siguientes opiniones: mientras que algunos biólogos piensan que la humanización como tal (dejando de lado la, en otros tiempos, tan debatida cuestión de en qué momento se anima el feto) comienza en el momento mismo de la concepción, pues el óvulo fecundado contiene DNA (ácido desoxirribonucleico) humano; esta teoría no tiene suficiente basamento, ya que esta misma sustancia se encuentra en cada óvulo no fecundado y en cada

... Derecho Penal. Parte Especial. vol I. Delitos contra las personas. pags 70 y 71, Sevilla 1976; DEL ROSAL COBO y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas cit. pag. 322 y SCHEPELER RAVEAU. El delito de aborto pags. 12 y 13 y 14. Chile 1967. En contra de esta tesis y a favor de que lo que protege el delito de aborto es la vida humana, en su etapa fetal, vid. ANTOLISEI. Manuale. Parte Especial I. pag. 85. Milán 1972; QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. Cit. pag. 606 ("el feto.. es un ser humano vivo, spes personae y no mera spes vitae"); RODRIGUEZ DEVESA, Derecho Penal español. Parte Especial. cit.pg. 75; Vid. en éste mismo sentido, STS de 2-V-1973; 31-I-1973 ("spes hominis"); 2-IX-1973; 23-II-1973 y 29-III-1973.

(59) Vid. nota anterior.

esperma, sin que nadie, hasta el momento se haya aventurado a decir que también éstas son existencias humanas (60), Parece, por ello, más oportuno defender esta tesis a partir de la idea de que el huevo humano aún no siendo todavía un hombre, contiene (en su Código genético) todas las potencialidades evolutivas que, a través de un proceso de desarrollo le convertirán en un -- verdadero ser humano (61).

JACQUES MONOD, Premio Nobel de Filosofía y Medicina de 1965 (62) dice a éste respecto: "Pretender que un feto de algunas semanas sea ya una persona humana no corresponde a la antropología, ni a la sociología, ni a la biología, sino a la metafísica. Hay una confusión -- cuasi-deliberada que quiere hacernos creer a nosotros ciudadanos que el aborto relativamente precoz es equivalente al infanticidio... Trátase de un error monstruoso Pienso que la personalidad humana está ligada a la actividad del sistema nervioso central, ésto es, a la consciencia. Pues bien, anatómica y biológicamente un feto de algunas semanas no puede tener fenómenos conscientes ya que carece de sistema nervioso central" (63)

(60) Vid. "TIME" de 29-I-1973.

(61) Así lo estima el Profesor LEJEUNE en su comunicación a la Facultad de Medicina de París de 1-10-1974: "Le message de la vie".

(62) Ver su obra "el azar y la necesidad ". Ensayo sobre la filosofía natural de la biología moderna. Barral Editores. Barcelona 1971.

(63) "Vida Humana" en el artículo "Aborto". Quebrar as cadeias de ilegalidade". nº1.863 de 29-V-1975. pag. 42.

Según éste prestigioso científico, el sistema nervioso central aparece en el cuarto mes de gestación; hasta - este momento, un resultado de electroencefalograma nulo da la señal de inexistencia de la consciencia (64). Y no olvidemos que, a nivel científico, se ha establecido que la muerte (ausencia de vida humana) ocurre precisamente en el momento que, en forma irreversible, cesan las funciones cerebrales (65), lo que se comprueba a través de la presencia de un electroencefalograma -- plano o nulo: si en el muerto no hay vida. ¿Cómo puede afirmarse que la haya en el feto de pocas semanas que presenta el mismo cuadro cerebral que aquel?. Sin embargo el argumento apuntado por MONOD en orden a negar la vida humana en el feto de pocas semanas, implica, a sensu contrario, el tener que afirmar que sí la hay en un feto más desarrollado, punto controvertido.

Distinta de la anterior es la visión del también Premio Nobel de Fisiología y Medicina de 1965. FRANÇOIS JACOB: "hace más de veinticinco siglos -dice- que religiosos y laicos se esfuerzan en resolver el problema - (del comienzo de la vida) sin encontrar solución, y -- ello porque el problema está mal planteado. Para nosotros, es evidente que la vida no comienza nunca, sino que continúa. Continúa desde hace por lo menos tres mil millones de años. Un espermatozoide aislado o un óvulo

(64) Vid. "Lectures pour Tous", en su artículo "Vers un avortement libre?. nº 228. Janvier 1973.

(65) Vid. RODRIGUEZ DEVESA. Parte Especial. cit. pg.29.

no está menos vivo que un óvulo fecundado. Entre óvulo y recién nacido no existe ningún momento privilegiado, ninguna etapa decisiva que confiera súbitamente dignidad a la persona humana. Lo que sucede es una evolución progresiva, una serie de reacciones y de síntesis a través de las cuales se modela el ser humano. La persona humana no nace en un momento determinado, de la misma manera que no nace con una altura determinada. ¿Quién tiene entonces derecho a decidir cuando ha de ser interrumpido el embarazo? Ciertamente que ni el biólogo, ni el médico, ni el Obispo ni el Juez.. Reprimir un aborto significa prohibir a una mujer, cualesquiera que sean sus creencias, el decidir cuántos hijos tendrá y cuando los tendrá. Dejar libre a cada una para tomar esta decisión ^{no} obligará nunca a nadie a abortar. Inútil es subrayar cuál de éstas dos actitudes respeta más a la persona humana" (66).

Por último, y como contraste con estas opiniones precipitadas, traemos aquí la oficial de los médicos y -- biólogos españoles, expresada en las conclusiones que se tomaron al término del Coloquio que, sobre "problemas morales y médicos en torno al Aborto", celebró la Real Academia de Medicina en el mes de Abril de 1973: punto 10: "prescindiendo de toda razón moral y teológica sólo desde el punto de vista de la biología, el nuevo -

(66) Vid. "Vida Mundial". cit. pag. 42.

fecundado es una vida independiente y dotada de una individualidad propia. Desde el punto de vista biológico, pues, cualquier práctica abortiva, por temprana - que sea, debe ser considerada como un homicidio" (67).

Por otra parte, si se entendiera que la vida fetal es ya propia y verdadera vida humana, no se entendería el minus de reprochabilidad del aborto (traducido en -- una menor entidad punitiva) respecto de los demás delitos contra la vida humana independiente. Lejos están - los tiempos en los que la doctrina eclesiástica calificaba de delito de asesinato la muerte del feto.

En efecto, la postura mantenida por la Iglesia católica, en relación con el tema del aborto, aparece prácticamente invariada desde hace siglos. Superada la tesis escolástica (heredada de la filosofía aristotélica) del momento de la animación (40º día en el varón y 80º - en la hembra), se considera que no se puede establecer con precisión cual sea el momento de fusión de alma y - cuerpo, por lo que se comienza a hablar, por parte de - los padres de la Iglesia, de vida humana desde el instante mismo en que el espermatozoide encuentra en su camino el óvulo y lo fecunda. A partir de un texto tan antiguo como es el Didaché (que dice: "no matarás a la - criatura por aborto o después del parto... los que matan a la criatura, matan a la imagen de Dios dentro del vientre de la madre), texto ratificado posteriormente por -

(67) Aparecido en "PUERLO" de 4 de Abril de 1974.

TERTULIANO ("ya es humano aquel que será un hombre"), La Iglesia ha venido identificando, desde tiempos remotos, la vida fetal a la vida humana. En el *Dudex iuris canonici* de Benedicto XV, el aborto directo es considerado delito contra la vida, y regulado en el canon 2.350, considerándose punible (con pena de excomunión) en todo momento, a partir del momento de la concepción. En la Encíclica "Casti connubii" de 31 de diciembre de 1932, el Papa Pío IX denomina "crimen" al aborto deliberado y directo. Juan XXIII considera, en sus Encíclicas "Mater et Magistra" de 15 de mayo de 1961 y "Pacem in terris", de 11 de abril de 1963, que el aborto es contrario a la acción creadora y al progreso de la humanidad. El concilio Vaticano II, por su parte, formula la siguiente declaración: "Todo lo que se opone a la vida misma, como toda especie de homicidio, el genocidio, el aborto, la eutanasia y aún el suicidio deliberado; todo lo que constituye una violación de la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, la tortura física o moral, las coacciones psicológicas; todo lo que se ofende a la dignidad del hombre, como las condiciones infrahumanas de vida, los encarcelamientos arbitrarios, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, el comercio de mujeres y jóvenes; o aún más las condiciones de trabajo degradantes que reducen a los trabajadores al rango de puros instrumentos, sin consideración a su personalidad libre y responsable; todas estas prácticas y

otras análogas son, en verdad, infames. Al tiempo que corrompen la civilización, deshonran más a los que las realizan que a los que las padecen o insultan gravemente el honor del Creador". Como último exponente de esta postura papal, citemos la Encíclica "Humanae Vitae" de 25 de Julio de 1968, en la que Pablo VI concluye -- que "el aborto directamente querido y provocado, aún -- por motivos terapéuticos, ha de ser absolutamente excluido", reiterando esta postura en una elocución formulada en el curso de la Audiencia general de 27 de Enero de 1971: "... toda vida humana ha de ser absolutamente respetada; de la misma manera que el aborto, la eutanasia es un homicidio". (68).

Al equiparar, de este modo, la vida fetal en desarrollo a la vida humana, las posibilidades de evolución de la doctrina de la Iglesia sobre el tema del aborto no dependen sino de la posibilidad de revisión de ésta tesis por parte de sus representantes. Sin embargo, algunas veces discrepantes se han dejado oír últimamente en el mismo seno de aquellos, las más para admitir la posibilidad del aborto terapéutico (rechazado por la -- Iglesia), las menos para admitir la del aborto directo (69), sin que hayan encontrado demasiado eco en medios

(68) Datos extraídos de los libros "Dossier sur l'avortement". de JEAN MAHIG, pags. 167 a 170. Ottawa. 1972. y "Libéraliser l'avortement de FERIN, LECART, HEYLEN y MEULDERS. Grenoble 1972. pág. 160).

(69) Vid. MIRET MAGDALENA. Triunfo n2645, 8 febrero 1975

eclesiásticos. Entre estas últimas, cabe citar la sorprendente tesis del P. Roqueplo (seguida, también, por el P. Beirnaert), formulada por vez primera en el transcurso del Congreso del Centro Católico de Médicos que tuvo lugar en Francia en 1971, según la cual "para que un ser sea verdaderamente humano, es necesario que haya habido la intención deliberada de hacerlo vivir". Considerando que la persona humana es un ser en relación, entienden estos pensadores que el embrión humano alcanza la condición de persona (y, consecuentemente, la de sujeto de derechos) cuando entra en el círculo de las relaciones humanas. Antes de esto habría una fase meramente biológica que sólo adquiriría la categoría de humana con la aceptación consciente del ser engendrado, realizada por los padres, y a través de ellos, por toda la comunidad humana (70).

Sin embargo ésta opinión está, hoy por hoy, absolutamente aislada y, mientras tanto, los Obispos claman en aquellos países en los que el aborto es una operación legal, y presionan en los que aún no está legalizado para que nunca lo esté. Por citar alguno de estos episodios, recordemos la declaración de los Obispos norteamericanos tras el supracitado fallo del Tribunal Supremo federal, pidiendo a los católicos que desobedecieran esta decisión, calificándola de "equivocada y totalmente contraria a los principios fundamentales de la moralidad

(70) FERREIRA. En "Vida mundial" cit. pags. 40 y 41.

(71). El Consejo Permanente del Episcopado francés reiteraba, por su parte, antes de producirse en aquel país la legalización del aborto, la oposición de la Iglesia católica a toda interrupción del embarazo siguiendo la doctrina sentada en 1970 por este mismo órgano (72). En el mismo sentido, declaraba el arzobispo de Colonia, HOFFNER: "entre todos los derechos del hombre, al de la vida se le atribuye una importancia fundamental. En el aborto, la mujer no decide sobre su propio cuerpo, sino sobre una vida ajena y autónoma" (73). "El niño concebido es un ser humano", afirman los Obispos belgas (74). En idénticos términos se pronuncia la Real Academia española de Medicina, fiel a la postura eclesiástica, diciendo en su segunda conclusión que "la razón de ésta condenación taxativa hay que fundamentarla en la obligación moral que se deriva del quinto precepto de la ley de Dios, mediante el cual se defiende la vida, desde el momento inicial, como un valor en sí, como un don de Dios, sea cual el hombre es mero administrador" (75). El debate, pues, sigue abierto, y es presumible que, tras la intransigente postura oficial de la Iglesia ante los sucesos de SEVESO, lo esté por mucho tiempo, y en términos más acalorados.

(71) "INFORMACIONES", de 15 de Febrero de 1973.

(72) "YA" de 1 de Marzo de 1973.

(73) "YA" de 27 de Junio de 1973.

(74) "YA" de 7 de Abril de 1973.

(75) "PUEBLO" de 4 de Abril de 1973.

De otro lado, sostener, hoy en día, que el bien jurídico protegido por el delito de aborto es la vida del feto equivaldría a decir que el ordenamiento penal de aquellos países en los que se ha procedido a la legalización de la operación abortiva ha abandonado la protección de la vida humana, y, con ello, ha vulnerado uno de los principios fundamentales de la convivencia social, unánimemente reconocido (76). Por ello, y para evitar equívocos, preferimos hablar de desarrollo fetal como evolución progresiva que culminará normalmente en vida humana (77).

Sin embargo, aún admitiendo que el bien jurídico protegido sea, de facto, la esperanza de vida, se podría argumentar que, si lo que se protege es lo "que va a ser", ello implica que aún "no es". La protección penal, por lo tanto, se extiende a una ficción de vida humana, o, si se prefiere expresarlo de otro modo, se anticipa. ¿Por qué el Estado, a través de su aparato jurídico, realiza esta extensión punitiva? ¿Qué razo-

(76) El artículo 3 de la Declaración universal de los derechos del hombre de 10 de diciembre de 1948 dice -- así: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Nótese, sin embargo, que muchos de los países firmantes han procedido a la legalización del aborto, quizá en base a la consideración de que el feto no es aún individuo.

(77) Creemos que, en punto a la discusión sobre si el feto hay o no vida humana, es absolutamente cierto lo que dice la jurista francesa Marie Thérèse MEULDERS:

nes tiene o cree tener para penetrar dentro de los con fines del embarazo y, en defensa de un "futurible", de un "poder ser", inmiscuirse en el ser de la embarazada?

Tal intromisión, si no es en defensa de la vida humana, puede obedecer a alguno o a varios de los motivos siguientes:

1) EL CRITERIO DEL INTERES DEMOGRAFICO

a) 1) El del interés demográfico, o interés del Estado en que no decrezca la descendencia en la formación de la sociedad humana (78).

... "no es sobre la naturaleza de la vida humana en -- los estadios precoces del embarazo dón de residen las divergencias de opinión. Es sobre el valor que se otorga a esta vida en este estadio aún imperfecto e inadabado ("Liberaliser l'avortement: cit. pg. 105).

(78) Consideran que el interés demográfico es la objektividad jurídica atacada por la actividad abortiva, entre otros: CONTIERI. Delitti contro la integritá e sanitá della stirpe. Nuovo digesto italiano. Tomo VI. pg 1.194. Torino 1938; SABATINI. Istituzioni di Diritto Penale. cit, pag. 82; Thomsen. Das Deutsche Strafrecht A.T. pg. 335. Berlin 1906; en contra de que el bien juridico protegido por el delito de aborto sea el del interés demográfico, vid. entre otros: MAURACH. B.T. cit. pg. 56; LEIPZIGER KOMMENTAR, cit. pag. 6: "Si así fue-re, se penaría también la esterilización y la utiliza-ción de anticonceptivos".

En España, los autores suelen coincidir en que el

Esta idea resulta especialmente adecuada a la hora de analizar legislaciones que, como la italiana, en cuadrante el delito de aborto entre los delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe (debido, claro está, al origen fascista del Código Penal italiano).

El que el interés demográfico no es olvidado por el Estado a la hora de definirse sobre la punición del aborto, nos viene demostrado por el hecho de que algunas legislaciones permisivas han introducido restricciones en su legalización del aborto siempre que el -- alarmante descenso de sus tasas de natalidad así se lo hayan aconsejado, aún cuando, a nivel programático, el bien jurídico protegido fuese otro distinto e incluso incomputable (vida e integridad físico-psíquica de la madre que puede ser atacado por una política natalista).

... interés demográfico constituye "otro" de los bienes jurídicos atacados por el delito de aborto, pero no el "único" (vid. DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO, Delitos contra las personas, cit. pag. 323 y 324 RODRIGUEZ DEVESA, Parte Especial, cit. pag. 76). interpretación corroborada histórica y legislativamente por el Preámbulo de la mencionada Ley de 24 de Enero de 1941 que así decía: "La política demográfica es una de las preocupaciones fundamentales de nuestro Estado. No se concibe una política demográfica eficaz sin abordar el problema de los miles y miles de vidas que se frustran antes de nacer, por maniobras criminales...".

4) LA PROTECCION A LA VIDA E INTEGRIDAD FISICA DE LA MUJER.

b) El del respeto a la vida y salud de la embarazada. (79).

En este caso el Estado puede justificar su intervención por la necesidad de proteger la vida e integridad físico-psíquica de la embarazada, puestas en peligro por el aborto. Ahora bien, no olvidemos que este mismo motivo se ha alegado también en sentido contrario, es decir, para despenalizar la operación abortiva; por ello entendemos que, para que este motivo pueda basar la intervención estatal, es paso previo el declarar que se protege, así mismo, la formación del futuro ser (la "esperanza de vida") pues de lo contrario, empleando como argumento único su señalada ambivalencia lo haría fácilmente criticable.

(79) Hay autores que consideran que el objeto jurídico del delito de aborto es la vida e integridad física de la embarazada, aún no entendiéndolo como bien jurídico único sino en concurrencia con los de la vida del feto (o la "spes vitae") y el interés demográfico. Así, entre otros: CONTIERI. Nuevo digesto italiano. cit. pag. 1194 (protección subsidiaria). HAFTER Schwäizerisches Strafrecht. cit. pag. 78. ("En los casos en los que el aborto ocurra sin el consentimiento de la mujer"); MEZGER-BLEI. Strafrecht. II. cit. pag. 29 ("delito de peligro contra la vida e integridad -- corporal de la embarazada"); WACHENFELD. Lehrbuch des

Sin embargo, el que éste sea el motivo fundamentador de la ingerencia estatal tropieza con varios inconvenientes, sobre todo en nuestro Derecho. De una parte, no sería esto cierto en todos los supuestos de aborto: en el tipo contemplado en el artículo 413 de nuestro Código Penal (547 del Código Penal italiano) la mujer es sujeto activo del delito de aborto, lo -- que la descarta, como justamente observa GIANITTI (80),

... Deutschen Strafrechts. pg. 327. München 1914 ("el aborto no es un delito contra el embrión, sino un delito de peligro ya que sirve a la protección de la embarazada"); SCHONKE-SCHRODER. Straffgesetzbuch Kommentar cit. pag. 1.1^o2; KOHLRASCH-LANGE. Straffgesetzbuch cit. pag. 484; y, entre nuestros autores, CUELLO CALON Cuestiones penales, cit. pag. 60; DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO Delitos contra las personas cit. pag. 322 y 323; RODRIGUEZ DE VESA. Parte Especial. cit. pag. 76.

(80) GIANNITTI. (L'Oggetto materiale del reato. pag. 201 Milano. 1966) entiende que, "si bien la misma persona física puede ser al mismo tiempo, en relación con un mismo delito, sujeto activo y objeto material, no es posible que sea a la vez sujeto activo y sujeto pasivo del mismo. Estos dos últimos conceptos son incompatibles entre sí en todas las ramas del Derecho, no siendo jurídicamente posible ser a la vez sujeto del derecho y sujeto de la correspondiente obligación jurídica, esto es, sujeto activo y sujeto pasivo de una misma relación jurídica. Estos son, en particular, incompatibles en el ámbito del Derecho penal, que postula para que un hecho sea inculminable, la ofensa de un interés ajeno". SABATINI (Istituzioni di Diritto Penale. Parte Generale. 4^a ed. Vol. I. pag. 213. Catania 1946) observa que, la persona, objeto material, puede ser también sujeto activo punible cuando no tenga la

como sujeto pasivo del mismo y, por ende, como objeto jurídico (sucediendo lo mismo en el tipo del artículo 414). De otro lado, adoptar que el bien jurídico protegido por las diferentes modalidades de aborto es, preferentemente la vida y salud de la mujer implicaría - que el delito de aborto no se produce si no resulta atacado este bien. Sin embargo, el delito queda consumado aún cuando no se ocasione daño alguno a la embarazada, constituyendo la muerte o lesiones de la misma subsiguientes al aborto un elemento de agravación del mismo, y no un presupuesto. Además no sería oportuno ^{hacer} depender de tal eventualidad la incriminabilidad del hecho, a no ser que queramos construir un delito de peligro (81). Unicamente destaca este bien como --

... titularidad del bien jurídico tutelado". Ello implicaría que podría afirmarse que la integridad física de la mujer es el bien jurídico protegido por el autoaborto del artículo 413, si pudiéramos demostrar que el Estado, como representante de la comunidad, es el titular del mismo en cuanto que la sociedad tiene un interés relevante en dicho bien. Sin embargo, ello chocaría con el hecho cierto de que en nuestro Derecho las autolesiones son impunes. Por ello, entendemos que la vida e integridad física de la mujer no puede ser el único bien protegido por el delito de aborto en nuestro ordenamiento, pues, siendo la mujer el titular del mismo, es decir, el sujeto pasivo caso de que se le atacara, no puede, al mismo tiempo, ser el sujeto activo, como sucedería en el artículo 413, caso de aceptarse esta tesis.

(81) VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 133.

protegido en el supuesto de prácticas abortivas ejecutadas sobre mujer no encinta, creyéndola embarazada (82), puesto que aquí no se atenta contra "esperanza de vida" alguna y, sin embargo, subsiste el tipo del delito de aborto.

Aplicando todo lo anterior a la situación de -- nuestro ordenamiento, resulta difícil sostener que -- sea el interés demográfico el predominante en punto a la protección otorgada. Ciertamente es que existen premios a la natalidad y que la política demográfica posterior a la guerra civil ha sido más expansiva y de protección a la familia, que restrictiva y de control de na cimiento. Sin embargo, dado el escaso uso que, hasta hace relativamente poco tiempo, se hacía de los medios anticonceptivos (especialmente en determinados estratos sociales), no creemos que el país precisase de una fuerte represión del aborto para elevar los -- índices de natalidad. Por ello a pesar de lo expuesto en el Preámbulo de la Ley de 24 de Enero de 1941 -- (83), estimamos que el interés demográfico, hoy por --

(82) SCHNYDER. Das Versuch am untauglichen Objekte... cit. pag. 14.

(83) Vid. nota 58. De lo dicho en el mencionado Preámbulo, deduce GONZALEZ LLANA (El aborto provocado y la Ley de 24 de Enero de 1941. RGLJ 1941, pag. 241) que "el legislador italiano considera el aborto provocado como una ofensa a la vida misma de la raza y también de la Nación y del Estado" y que "a eso mismo tiende

hoy no es sino un bien subsidiariamente protegido - por los tipos de nuestro Código Penal.

Tampoco la integridad físico-psíquica de la mujer parece haber ofrecido mayor consideración al legislador, salvo para agravar las tipologías ya descritas, y para punir una hipótesis de delito imponible de aborto en razón de los riesgos que toda operación abortiva, efectuada en régimen de clandestinidad, supone.

Dicho esto, sentamos la conclusión de que el -- bien jurídico que nuestro legislador ha pretendido -- proteger al castigar el aborto es, no la vida del feto, sino la posibilidad de vida futura que su desarrollo entraña.

5) EL PROBLEMA DE LA FIJACION DEL SUJETO PASIVO

Ahora bien, esta conclusión tropieza con la dificultad de fijación del sujeto pasivo. En efecto, si aceptamos que el bien jurídico protegido por el delito de aborto es el interés demográfico, no habría problema alguno en admitir que el sujeto pasivo (titular

... nuestra reforma", siendo así que los dos ordenamientos citados no pueden compararse pues, mientras - el Código Penal italiano clasifica el aborto entre -- los delitos "contra la integridad y la sanidad de la estirpe" (lo que aboga por una mayor consideración -- del interés demográfico), el nuestro lo incluye entre los delitos contra las personas (lo que, haciendo abstracción de lo incorrecto que resulta el considerar -- delito contra la persona una acción antijurídica cuyo

del bien jurídico) del mismo es el Estado como representante de la comunidad y como encargado de establecer, en su nombre, las tasas de natalidad en cada momento pertinentes. Si, por el contrario, consideramos que el bien jurídico es la vida y salud de la embarazada, es evidente que la propia mujer sería sujeto pasivo del delito. Pero, ¿quién es el titular de la -- "spes vitae"?.

En principio cabría responder que lo es el feto, mas ¿puede el feto, que aún no es persona, ser titular de derechos y deberes con significación jurídica?

Algunos autores así lo creen, acudiendo, en apoyo de tan forzada tesis, a la ficción civilista mediante la cual se le reconocen expectativas sucesorias al "nasciturus" (84). Sin embargo, una cosa son las expectativas, y otra muy distinta las realidades jurídicas

... objeto material aún no goza de dicha cualidad, de muestra bien a las claras que no es el interés demográfico el preponderante en la mente del legislador).

(84) Así, entre otros: MARTINEZ VAL. El sujeto pasivo en el delito de aborto. pag. 13. RGLJ 1957; CARRARA. Programa. cit. &l.253. pag. 342; TOCCI, Il procurato aborto. cit. pag. 756; VISCO. L'aborto criminoso, - cit. pag. 140 y 141. ("no es obstáculo que el derecho civil no le considere persona para que se pueda ver en él el objeto de la tutela penal").

y hasta que el "nasciturus" no hace no puede decirse que sea titular de derecho alguno (85). Por otra parte, ¿cómo puede afirmarse que el feto es titular del derecho a la vida, si ni siquiera puede decirse taxativamente que en el feto hay vida? (86). Los que así razonan no sólo están creando una ficción sobre el sujeto pasivo, sino que el mismo bien jurídico descansa sobre una ficción (87). Nuestra creencia de que el Derecho Penal debe apoyarse sobre el suelo (realidades) y no construirse en el aire (ficciones) nos lleva a rechazar la idea de que el sujeto pasivo del delito de aborto sea el feto.

(85) PESSINA. Aborto procurato, en Enciclopedia giuridica italiana. cit. pag. 60: "el nasciturus no es un sujeto jurídico ya que el sujeto jurídico debe tener el presupuesto de una vida individual ya existente"; vid. en el mismo sentido: HAFTER. Schweizerisches -- Strafrecht, cit. pag. 78; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. B.T. cit. pag. 42; y entre nuestros autores: QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado Parte Especial Tomo I. vol. I. cit. pag. 611: "la consideración de feto vivo como objeto material y bien jurídico del -- aborto no debe llegar al extremo de considerarle, así mismo, como sujeto pasivo del delito. Se opone a ello el carecer el feto de la condición jurídica de persona, única susceptible de encarnar dicha cualidad").

(86) PESSINA. Aborto procurato. cit. pag. 59.

(87) WACHENFELD. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. cit. pags. 327 y 328: "la protección de que el feto goza en Derecho Civil, la goza en base a un futuro nacimiento... El Derecho Penal no puede operar con presunciones o ficciones... Cuando falta un bien jurídico no puede cometerse delito alguno contra él".

¿Y la embarazada?. No sería descabellado pensar que, siendo ella la encargada de dar vida, fuese ella también la titular del derecho a la protección de esa vida en formación. Pero, si decimos que la mujer es titular del bien jurídico, ello equivale a otorgarle la disposición sobre el mismo (88) con lo que, en los casos de auto-aborto o de consentimiento prestado por

(88) Piénsese que no hablamos de vida del feto como vida humana protegida (lo que constituiría un bien jurídico indisponible), sino de esperanza de vida. El hecho de que el aborto consentido por la mujer esté punitivamente privilegiado con respecto del aborto - no consentido, ha hecho pensar a algún autor que ello es porque a lo que la madre denuncia es a su derecho a la maternidad del cual es titular, argumento que - QUINTANO-GIMBERNAT (tratado cit. pág. 652) califica - de demasiado sutil para resultar convincente. Ello sería congruente con la tesis de que el feto es "para-mulieris" (tesis últimamente adoptada por los movimientos de liberalización femeninos para fundamentar la legalización del aborto. Vid. Declaraciones del M.L.A. y del M.L.F. reunidos en la sala Pleyel de París el 26 de abril de 1971 en A.M. DOURLEN-ROLLIER y FRANK-ROLLIER. Tout se voir sur l'avortement. Paris 1972. pg 121 y 122), pero es incompatible con la idea de que el bien jurídico protegido por el aborto es el interés - que la comunidad confiere a la "apes vitae", independientemente de que la madre esté o no de acuerdo con ello. Por ello creemos que es correcto lo afirmado - por BEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO (Delitos contra las personas cit. pag. 342): "Resulta absurdo entender que la mujer puede disponer de la esperanza de vida que alienta al feto, porque, de acuerdo con la doctrina católica acogida por nuestro legislador, el fruto de la concepción se protege en sí mismo como -- una esperanza de vida o como una vida incipiente que

la mujer para que un tercero le practique el aborto, nos encontraríamos sin sujeto pasivo, y, además, sin

... está llamada a convertirse en una persona distinta de la madre, y por ello mismo a ser un distinto titular de derecho", por lo que la eficacia del consentimiento en orden a una menor punibilidad del hecho abortivo es entendida, por estos autores, como "mero residuo histórico del pensamiento liberal-individualista en que se fraguó nuestra codificación (Delitos contra la persona cit. pag. 345. En realidad, lo que sucede no es que el aborto consentido esté privilegiado, sino que el no consentido está agravado por atacarse, - con él, dos bienes jurídicos: la "spes vitae" del feto y la libertad de resolución de la mujer. Se trata de un delito complejo de aborto y coacciones.

Distinta cosa es el afirmar que la mujer es también sujeto pasivo del delito de aborto (junto con el Estado), en el caso de aborto no consentido. Es -- claro que en este supuesto, además de contra la "spes vitae", se atenta contra la libertad personal de la mujer, de la que ésta es titular y sujeto pasivo. Vid en este sentido: VANNINI. Quid iuris. V. cit. pg. 8; PESSINA. Aborto procurato. cit. pg. 61; PANNAIN. Manuale Parte Speciale. cit. pag. 550).

Por último, hemos de plantearnos quién es el sujeto pasivo en el caso de maniobras abortivas en mujer no encinta creyéndola embarazada con resultado de muerte-lesiones graves. Aquí el único bien a proteger es la vida e integridad física de la mujer, puesto -- que no hay "spes vitae" alguna. El sujeto pasivo sería entonces la mujer no encinta. Sin embargo, observemos que ésta podría disponer de su bien vitae integridad física (dada la impunidad del suicidio y las autolesiones en nuestro Derecho), o consentir que un tercero - dispusiera. Ello plantea todo el problema de la eficacia del consentimiento en las lesiones (ya que no en el homicidio, dada la tipicidad del homicidio-suicidio),

bien jurídico puesto que éste sería renunciabile. Por ello tampoco puede sostenerse que la mujer sea sujeto pasivo del delito de aborto, excepto en el ya mencionado supuesto de prácticas abortivas realizadas -s sobre mujer no encinta, creyéndola embarazada.

Si ni el feto ni la mujer pueden ser sujetos pasivos del delito de aborto, ¿quién lo es entonces?

No nos queda por barajar sino una última posibilidad: que lo sea el Estado.

Hemos dicho que el bien jurídico protegido es la esperanza de vida, pero no en cuanto a valor cuantitativo (mayor tasa de natalidad), sino en cuanto a valor cultural emanado de las normas sociales vigentes en un determinado contexto espacio-temporal. Qué duda cabe que en España, quizá como resultado de la excesiva influencia ejercida por la Iglesia católica en el

... y de la interpretación del artículo 428, lo que se sale fuera del ámbito del presente trabajo, Hemos de resaltar, únicamente, que no creemos acertada la conclusión de SUAREZ MONTES (El consentimiento en las lesiones pag. 135. Pamplona 1959), según la cual el último párrafo del artículo 411 representa un expreso reconocimiento legal del carácter indisponible del bien integridad personal, lo que explica el parigual trato punitivo de conductas consentidas y disentidas que lo lesionan, y ello, porque a lo que la embarazada consiente es a que un tercero la practique el aborto, pero no a que la lesione, lo que en muchos casos, será una consecuencia imprevisible de aquel. (vid. en el mismo sentido: DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO, Datos contra las personas cit. pg. 343).

marco de la sociedad civil, lo moral se ha confundido, hasta cierto punto, con lo criminal (89), y muchos tipos de nuestro Código están teñidos, como consecuencia de ésta entente Iglesia-Estado y de la no independencia del legislativo, de esta especie de ideología. Si la Iglesia mantiene que la "spes vitae" (cuando no la vida del feto) es un valor "per se", es lógico que, siendo el nuestro un país confesional, esta idea haya penetrado en las normas sociales y de ellas haya emanado el Estado que, como representante de la comunidad, es el encargado de plasmar en leyes las emanaciones de la misma. De esta forma el Estado, como representante de la comunidad que es la verdadera titular de la "spes vitae" en cuanto le ha concedido un valor cultural, se convierte en titular del bien jurídico y sujeto pasivo del mismo. Y el Estado tendrá que renunciar a la protección de este bien el día que la norma cultural se transforma, considerando la comunidad que la operación abortiva es lícita (90).

(89) Sobre el problema de la moralidad o inmoralidad - del aborto. Vid. VIBITES. L'aborto al vaglio della morale e della legge penale. Giustizia Penale 1932. Tomo II. cols. 1.529 y ss.

(90) BETTIOL, en (L'odierno problema del bene giuridico. Scritti Giuridici. Tomo II. Padova 1966. pag. 915) dice: "la única forma de interpretación es la histórica evolutiva. El bien jurídico está necesariamente unido a esta realidad histórica en movimiento o en conflicto consigo misma: predeterminar categorías de bienes jurídicos que puedan presentarse es perpetuarse y andar contra la Historia que disuelve toda metafísica de la realidad en la cual los bienes jurídicos puedan encontrar un punto de referencia seguro".

6) CONCLUSIONES

En conclusión, estimamos que:

a) El bien jurídico protegido por el delito de -- aborto es un valor socio-cultural (en el sentido de las normas de cultura de MAYER) que se concede a la esperanza de vida (en parte debido a la superestructura ideológica religiosa de nuestra comunidad (91), pero sin olvidar que esta se asienta en una estructura socio-económica determinada). Si este valor pierde fuerza y deja de ser sentido como tal por la misma sociedad, la valoración necesaria para que el Derecho Penal estime que un determinado objeto es un bien digno de protección jurídica desaparecería, y, con ella, la "ratio iuris". Por ello consideramos que con el delito de aborto se está protegiendo una idea (esperanza de vida) y no una realidad (vida del feto).

(91) LANDROVE (Política criminal del aborto. cit. pags. 143 y 144) apunta que el Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de Mayo de 1958 - (precepto de rango constitucional) pudiera representar un obstáculo a todo intento liberalizador del problema del aborto en nuestro país, en tanto dispone que: "la nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fé inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación". No creemos que éste sea un grave impedimento a la hora de legalizar el aborto cuando la sociedad española entienda (y "sienta") como inoportuna su -

b) El sujeto pasivo del delito de aborto es el Estado, en cuanto representante de la comunidad cuya norma cultural (oportunidad de la protección de la vida futura) resulta violada por la comisión del aborto. Si la norma cultural cambia (como se demostró en el famoso ~~pro~~ proceso de Bobigny), el Estado no puede hacer sino adecuar su instrumento legislativo a la nueva realidad social.

c) Junto a la valoración superestructural, existe una valoración socio-económica (o por decirlo mejor, subyace), expresada por el interés que siente la sociedad en mantener una política demográfica coherente con las necesidades de cada momento. Este interés demográfico es un bien jurídico subsidiariamente protegido por el delito de aborto.

d) Por el contrario, y salvo en el supuesto de prácticas abortivas realizadas sobre mujer no encinta, creyéndola embarazada, y en el empleo de medios inadecuados para producir el aborto (cuya regulación, caso de provocar la muerte o lesiones graves de la mujer, debería estar incluida en los capítulos respectivos), no creemos -

... punición. Y ello porque las leyes Fundamentales encuentran su legitimación en el acuerdo social; en el momento en que la conciencia social varía, esta variación se traducirá, inmediatamente, en una Reforma constitucional que adecúe la ley a la nueva realidad social, si es que queremos seguir hablando de un Estado de Derecho en el marco de una sociedad democrática, y no de un poder legislativo no representativo de los intereses de la comunidad, sino de los criterios arbitrarios del ejecutivo.

que el legislador haya tenido muy en cuenta la vida y salud de la mujer a la hora de la elaboración de los diferentes tipos de aborto, pues es evidente que una política represiva encierra, para la mujer, más riesgos que una legalización del problema. No hay más que consultar estadísticas para comprobar la veracidad de este aspecto: a mayor represión corresponde mayor clandestinidad, abstención por parte del personal especializado (dada la agravación de la pena para el mismo), ejecución por parte de personas no capacitadas y en condiciones antihigienicas et... Todo ello no redundará sino en perjuicio de la embarazada. Claro que siempre se podría alegar que la severidad de la punición obedece al deseo de disuadir a ésta de someterse a una intervención que puede poner en peligro su vida y su salud; sin embargo, la realidad nos enseña que una mujer decidida a abortar no retrocede ante esta posibilidad de riesgo para su persona. La función preventiva de la norma falla, y, en su lugar, puede darse incluso, el resultado contrario: que lejos de proteger la vida y salud de la mujer, la punición ocasione en ésta el nacimiento de un complejo de culpa, motivando por la conciencia de haber violado la norma, y, con ello, toda una serie de repercusiones en su psiquis - que pueden llegar a trastornarla. O que la mujer, consciente de que no le queda otra solución que el aborto

para resolver su problema personal, decida poner fin a su vida para evitar la punición. Rechazamos, pues, frente a la opinión mayoritaria de los autores, que el aborto protega subsidiariamente la vida e integridad física de la mujer, con la salvedad antes apuntada.

CAPITULO 2º

EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE ABORTO

A) OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE ABORTO+

El objeto material del delito de aborto es el -
feto (92). La doctrina penal italiana prefiere alu-
dir al proceso gravídico o embarazo, entendido como
"proceso fisiológico de desarrollo gradual del feto"
(93).

(92) Así: BINDING. Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. B.T. cit. pag. 37. Leipzig. 1902. LISZT SCHMIDT. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25ª -- Aufl. pag. 499. Berlin und Leipzig 1927, R. SCHMIDT Grundriss des Deutschen Strafrechts. 2ª Aufl. pg. 220 Leipzig 1931. VON HIPPEL. Lehrbuch des Strafrechts. pg. 193. Berlin 1932. HAFTER. Schweizerisches Straf recht. B.T. pg. 77. Berlin 1937. SCHNYDER. Der ver- such am untauglichen Objekte in Falle der Abtreibun gshandlung am einer Nichtschwangeren. Diss. pag. 4. Solothurn 1950. LOGOZ. Commentaires du Code Penal suisse. Partie Spéciale. I. pag. 30. Neuchâtel 1955. MEZGER-BLEI. Strafrecht II. B.T. 9ª Aufl. pag. 30 - München und Berlin 1966. WELZEL. Das Deutsche Stra- frecht. Ein Systematische Darstellung. 11ª Aufl. pg. 300 Berlin. 1969. MAURACH. Deutsches Strafrecht. B. T. pag. 55. KARLSRUHE. 1969. LEIPZIGER KOMMENTAR. 2ª Band. 9ª Aufl. pag. 8. (&218). Berlin 1974. SCHONKE SCHRODER. Strafgesetzbuch Kommentar. 17ª Aufl. pag. 1.152. München 1974. STRATENWERTH. Schweizerisches - Strafrecht. B.T. pag. 43. Bern. 1973. entre los auto res extranjeros; y entre los españoles: QUINTANO-~~QUE~~ BERNAT. Tratado de la parte especial del Derecho Pe- nal. Tomo I. Vol. I. I. pages. 607 y 611. Madrid. 1972. DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas. cit. pag. 329. Madrid. 1962.

(93) SABATINI. Istituzioni di Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. II. cit. pag. 80. En el mismo senti- do: ALIMENA. Enciclopedia Diritto penale italiano. T. IX. Delitti contro la persona. Aborto cit. pag. 69

En realidad, el embarazo presupone la existencia de un feto en desarrollo ya que la mujer que -- porta en su vientre un feto ya destruido ^{se} equipara a la mujer no encinta (94); desarrollándose paulatina mente el feto a lo largo de las sucesivas fases del

... CONTIERI. Delitti contro la integrità e sanità della stirpe. Nuovo Digesto italiano. T. VI. cit. - pag. 1.193. SATTELLI-ROMANO DI FALCO. Commento teorico-práctico del nuovo Codice penale. Vol. IV. Titolo X. cit. nota nº 1 a pie de pag. 133. Torino -- 1940. PANNAIN. Manuale di Diritto Penale. II. Parte Speciale. Tomo I. pag. 518. Torino. 1957. del mismo autor: Aborto. Nuovo Digesto italiano. T. I. cit. - pag. 81; MANZINI. Trattato di Diritto Penale italiano. 4ª ed. aggiornata dai professori P. Nuovolone e F.G. Pisapia. Vol. VII. cit. pag. 574. SANTORO. Manuale di Diritto Penale. III. Parte Speciale. Delitti contro la Società. pag. 123. Torino 1965. y ANTOLISEI Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. I. 6ª ed. aggiornata a cura di Luigi Conti. cit. pag. 86. VANNINI. por el contrario, considera que "en la hipótesis de aborto, cuando la falta el embarazo de la mujer falta, a nuestro parecer, el objeto jurídico, no el objeto material" (Quid iuris. Manuale di esercitazioni pratiche in Diritto Penale. Vol V. Aborto-Omicidio Preterintenzionale. cit. pag. 9). Otro punto de vista es el de RANIERI; que mantiene la tesis de que el delito de aborto tiene como objeto material a la propia embarazada "sobre la que recae la conducta criminal y, a través de ésta, el producto de la concepción que porta en su útero" (Manuale di Diritto Penale. Vol. terzo. Parte Speciale. cit. pags. 108 y 112). tesis que comparte FIGLIORE (El reato impossibile nota nº 16 a pie de pag. 142. Napoli 1959). Por su parte GIANNITI. (en l'oggetto materiale del reato. cit. pag. 96. y nota a pie de pag. nº 13) sostiene que, al no poder el feto ser considerado persona, no puede ser ni objeto material ni sujeto pasivo, por lo que

embarazo (95). Por ello, dado que al interrumpir el proceso gravídico se destruye (o se intenta destruir) el feto, podemos afirmar que la acción abortiva recae al propio tiempo sobre el feto y sobre el embarazo como fase, concretizada en el tiempo, del desarrollo fetal, reduciéndose así la cuestión a una diferenciación más terminológica que real.

.... objeto material sería la mujer encinta, siendo sujeto pasivo la sociedad considerada en su aspecto ético (a menos, aclara, que se considere que el feto es una cosa).

(94) DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. P.E. cit. pag. 367: "una correcta interpretación teleológica - aconseja entender la expresión "mujer no encinta" como inexistencia del proceso de gestación, siendo, - por consiguiente, equiparables las hipótesis de que nunca haya existido tal proceso y la de que, aún habiendo existido, haya cesado con anterioridad a la práctica abortiva". En contra, RODRIGUEZ DE VESA cree que en la hipótesis de que el feto está ya muerto al comenzar las maniobras abortivas, la mujer está encinta, por lo que tal supuesto no entraría dentro de la agravación prevista en el 'último párrafo del artículo 411 (Derecho Penal Español. Parte Especial.- pag. 83. Madrid. 1975).

(95) Para un estudio mas detallado de los sucesivos estadios por los que atraviesa la gestación vid. -- BOTELLA LLUSIA-CLAVERO NUÑEZ. Tratado de Ginecología Tomo I. Fisiología femenina. 110ª edición. Barcelona 1974. pags. 165-255; y J. LANGMAN. Embriología médica Desarrollo humano normal y anormal. 2ª edición. Traducido por H. VELA TREVIÑO. México 1969.

En nuestra opinión, objeto material del delito de aborto es el feto en el momento en que se encuentre de su proceso de desarrollo.

Es indiferente que el feto sea viable (entendiéndose por viabilidad la posibilidad de supervivencia - fuera del claustro materno por haber alcanzado el proceso gravídico [la fase de madurez fetal] o no lo sea (96). Es necesario, sin embargo, que el feto esté vivo (entendiendo el término "vida" no en el sentido usual de vida humana, sino en el de existencia biológica), es decir, que su desarrollo no haya sido interrumpido en un momento previo a la puesta en -- práctica de las maniobras abortivas. Como muy bien dicen DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO, el hecho de que la madurez fetal no venga exigida para la perfección del delito de aborto "no equivale a afirmar que tal delito pueda cometerse cuando el fruto de la concepción esté ya muerto o se sabe con seguridad -

(96) En este sentido, entre otros: BINDING. Lehrbuch cit. pag. 37. LEONE. Dell'oggettività giuridica dei delitti di aborto. Annali di Diritto e Procedura Penale. cit. pag. 723: "el feto no es tutelado por su futura condición de persona sino por lo que es actualmente: una simple expectativa de vida, independiente de toda previsión sobre el efectivo cumplimiento de la gestación". CONTIERI. Delitti contro l'integrità. cit. pag. 1.193. SCHNYDER. Der versuch... cit. pag. 4. LOGOZ. Commentaires. cit. pag. 30. DEL ROSAL COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. P.E. cit. pag. 331; los mismos autores y B. CASTRO en Código Penal. Texto revi

que no podrá nacer. En este otro sentido no sólo la vida, sino incluso la viabilidad del feto, entendida como posibilidad de que se desarrolle fisiológicamente y nazca vivo, es un requisito indispensable del delito de aborto" (97).

El feto ya destruido no puede, por lo tanto, - constituir objeto material del delito de aborto.

Ahora bien, dada la peculiar configuración del delito imposible en nuestro Código punitivo a través del párrafo segundo del artículo 52. ¿cabe hablar de delito imposible de aborto en el caso de -- que las maniobras abortivas recaigan sobre una mujer

.... sado de 1963, pag. 495 (concita de la STS de 23 -VI-1952). Madrid. 1964, SEVERINO Codice penale commentato con la giurisprudenza e corredato delle leggi complementari. 5ª ed. Pag. 691. Roma 1973. LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 9. Véase también STS de 29-V-1970.

(97) DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas. cit. pag. 331. En la misma línea de exigencia de que el feto esté vivo: BINDING Lebruch. cit. pag. 37. ALIMENA. Enciclopedia. cit. pag. 692. WACHENFELD. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts cit. pag. 328. BOTTINI= Sul delitto di aborto nella gravidanza extrauterina. Giustizia Penale cit. pag. 197. SCNYDER. Der versuch... cit. pol. 5 VANNINI. Manuale di Diritto Penale italiano. Parte Speciale. I singoli delitti e le singole contravvenzioni. cit. pag. 235. PANNAIN. Manuale P.S. cit. pg 520. MEZGER-BLEI. Strafrecht.II. B.T. cit. pag. 30 Das Deutsche Strafrecht. cit. pag. 300. MAURACH. B. T. cit. pag. 56. QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. cit. pag. 611. LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 9. SCHONKE-SCHRODER. Strafgesetzbuch Kommentar. cit. pag. 1.152.

no encinta o portadora de un feto muerto?. La cuestión es lo suficientemente importante, a nuestro juicio, como para dedicarle un epígrafe completo dentro de nuestro estudio.

B) EL DELITO IMPOSIBLE DE ABORTO POR INEXISTENCIA DEL OBJETO.

Como declaramos anteriormente, exigencia ineludible para que pueda predicarse el delito de aborto es la existencia de un feto vivo. Ahora bien, el hecho de que no podamos hablar de un aborto "real" no excluye, en principio la incriminación de la hipótesis de maniobras abortivas sobre feto muerto (o sobre mujer no encinta) a tenor del artículo 52, 2º como delito imposible de aborto por falta de objeto. Todo ello partiendo de la base de que tales maniobras no acareen los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411 (en cuyo caso la tipicidad de la conducta resulta indiscutible).

El tratamiento de la cuestión planteada nos introduce, necesariamente, en el estudio de la amplia problemática que ha supuesto, en nuestro Derecho, la incorporación hecha por el Código de 1944 de la figura del delito imposible, a través del segundo párrafo del artículo 52 (98).

(98) Antecedente legislativo de dicho precepto es el artículo 317 del Código penal francés, que dice así:

Conviene establecer, en primer lugar, qué se entiende por delito imponible, diferenciando claramente esta figura legal de la de la tentativa, tan próxima en cuanto a denominación, pero tan remota en cuanto a configuración.

PELUSO, monografista del tema, define el delito imponible como "una acción dirigida a la violación - de un precepto penal, pero ni dañosa ni peligrosa, - ya sea por su absoluta e intrínseca inidoneidad para causar el resultado querido, ya sea porque se dirige contra un objeto inexistente" (99).

... "Quinconque par aliments, breuvages, médicaments, manoeuvres, violances ou par tout autre moyen aura - procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte.." (texto legal que ha sido dejado sin vigencia por la ley de 17 de enero de 1975, por un periodo de cinco años). Este precedente galo fue recogido por el artículo 5º de la Ley de 24-I-1941 en los siguientes términos: "las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta creyéndola embarazada o empleando medios inadecuados para producir el aborto, serán castigadas.." previéndose en el segundo párrafo una cualificación por el resultado - más grave cuando a consucuencia de tales maniobras resultara la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones expresadas en el art. 423 (actual 420). El hecho de que este segundo párrafo haya pasado al - último párrafo del artículo 411, y no así el primero, lleva a QUINTANO-GIMBERNAT a afirmar "que dicha previsión legal concreta es obstáculo insuperable para que sea procedente incriminar las maniobras abortivas sobre mujer no embarazada sin ocasionar los resultados

Según VANNINI, "se trata de un hecho que no -- constituye delito porque no concreta una violación del interés pénalmente protegido; y no concreta tal violación porque en ningún momento el interés protegido sufrió ofensa ni fué puesta en peligro su integridad" (100).

... lesivos antedichos", lo que, como el mismo QUINTANO-GIMBERNAT reconoce, no es óbice para la aplicación del artículo 52, 2º, aún cuando posteriormente la rechaza por considerar que sería una técnica equivocada (Tratado de la Parte Especial, cit. pag. 620).

(99) PELUSO. Il reato impossibile. Studi in onore - di E. Eula. vol. III. pg. 238. Milano 1957.

(100) VANNINI. Reato impossibile. Studi in onore di V. MANZINI. pag. 467. Padova 1954. No debe extrañar nos el hecho de que la doctrina italiana considere impune la tentativa imposible ya que se basan en el artículo 49, 2º del Codice penale según el cual "la punibilidad está excluida cuando, por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de ésta es imposible el evento dañoso o peligroso". Excluida así la punibilidad genérica del delito imposible en el Derecho italiano, resulta lógico que los autores consideren impunes las maniobras abortivas sobre la mujer no encinta o con feto muerto, así como el empleo de medios inadecuados para producir el aborto salvo que se den los resultados previstos en el artículo 550.^{vid.} ALIMENA. Enciclopedia. cit. pag. 691. ZUCCALA. Aborto. Enciclopedia del Diritto. pag. 131. PELUSO. Il reato impossibile cit. pag. 239.

NÚÑEZ BARBERO, por su parte, cifra la distinción entre tentativa idónea y tentativa imposible en el exámen de la "idoneidad de los actos ejecutados y de la posibilidad de la consumación del delito"; así, "mientras que en la tentativa imposible la acción ha de ser inidónea (o bien ha de haltar el objeto de la misma), siendo imposible la consumación del delito querido por el sujeto, en la tentativa, por el contrario, es necesaria la idoneidad de los actos ejecutados y la posibilidad de la consumación " (101).

Lo anteriormente expuesto nos hace entrar directamente en el debatido tema del fundamento de la punición del delito imposible; ya ^{si} ~~que~~ ^{si} en la tentativa lo que se castiga en definitiva no es ya el daño efectivamente producido sino el peligro de producción de un resultado antijurídico representado por la acción iniciada, en el delito imposible habrá que recurrir a otro tipo de consideraciones para argumentar la "peligrosidad". Si "idóneo es el acto que, según la experiencia, puede ser considerado como medio apropiado para producir el evento" (102).

(101) NÚÑEZ BARBERO. El delito imposible. Acta Salmaticensis. pg. 19. Salamanca 1963. En el mismo -- sentido: MERKEL, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts pgs. 130-131. Stuttgart 1889. SCHNYDER. Der versuch ...cit. pg. 39-40. para diferenciar entre delito frustrado y delito imposible, vid. STS 3-XII-1975

(102) ALIMENA. La questione dei mezzi. pg. 80 (Cita do por NÚÑEZ BARBERO. El delito imposible.cit. pg. 79).

y la idoneidad (103) es requisito indispensable para que dicho acto pueda calificarse de peligroso, hemos de concluir que, en el delito imposible, al - faltar por definición la idoneidad de la acción -- (104) faltará, así mismo la naturaleza peligroso de la misma.

(103) NEPPI MODONA (en su artículo titulado "i concetti di idoneità degli atti e idoneità dell'azione Structura e accertamento" aparecido en la Rivista - Italiana di diritto e procedura penale de 1963 pag. 763) tras mencionar que los autores oscilan, a la - hora de tratar sobre la idoneidad de la acción, entre la idea de que ésta consiste en "su eficiencia causal" y el pensamiento de que se da una equivalencia entre idoneidad y peligro para el bien jurídico critica esta segunda postura pues considera "oportuno prescindir de la definición de la idoneidad del concepto de peligrosidad (probabilista)... y acoger una definición que permita atribuir a la idoneidad en el plano cuantitativo, una posición intermedia - entre la probabilidad matemático-estadística y la mera posibilidad... podemos definir, pues, la idoneidad de los actos como la seria no imposibilidad de conducir al resultado, o como la razonable aptitud para producir el evento dañoso o peligroso". En -- cuanto a que la idoneidad es un momento de la tipicidad en el sentido de que un hecho únicamente es típico cuando la acción es idónea. vid. L'Innocente Considerazioni in tema di reato impossibile. Riv. - it. dir. e proc. pen. 1961. pag. 1.087.

(104) A no ser que se adopte el punto de vista de - VON BURI, según el cual "en tanto en cuanto pueda - derivarse del acontecer que, erróneamente, fueron - considerados adecuados los medios y alcanzable el -

¿Como sustentar entonces la punibilidad del delito imposible?

La respuesta a este interrogante depende, en última instancia, de la teoría que se adopte sobre la naturaleza de la tentativa.

En opinión de SCHNYDER, "desde el punto de vista subjetivo (pena basada en la intención del autor) no hay diferencia real en cuanto a la culpabilidad entre tentativa y consumación. En consecuencia la tentativa (tanto idónea como inidónea) deberá ser penada en la misma medida que la consumación"(10').

Para los seguidores de la teoría objetiva "sólo se castigará como tentativa aquella acción exterior que, como típica o peligrosa, cumple una parte del delito y constituye una acción encaminada a la consumación del mismo". Según esta última concepción

...objeto, entonces no hay duda alguna sobre la seriedad del querer, aún cuando, en la realidad, el propósito no podía ser alcanzado. La tentativa es, entonces punible" (Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln und an einem untauglichen Objekt. GS. nº 20. pag. 330. 1968).

(10') Schnyder. Der versuch... cit. pag. 19 y ss. - Este autor, partiendo de la teoría subjetiva de la tentativa, afirma la punibilidad de la tentativa de aborto en mujer no encinta (cit, pag. 23).

"la causa de la punibilidad de la tentativa radica en su peligro objetivo" (106).

La antigua teoría objetiva distinguía entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea, negando la punición de la primera mientras que afirmaba la de la segunda (107). Distinción hoy en día superada por la dogmática alemana (108). En casos de delito imposible por inexistencia del objeto del mismo, los partidarios de esta teoría defendían la impunidad por considerar que, al ser absolutamente imposible la producción del resultado, no se daba situación de peligro alguna para el bien jurídico.

(106) SCHNYDER. Der versuch.. cit. pag. 24-25. Hay que destacar que, en Derecho suizo, la tentativa imposible es punible a tenor del artículo 23 del Código penal, tanto si la imposibilidad radica en el empleo de medios inidóneos, cuanto si resulta de la falta de objeto vid. STRATEWERTH. Schweizerisches Strafrecht. cit. pag. 49.

(107) FEUERBACH. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (citado por NUÑEZ BARBERO. El delito imposible. cit, pag. 83). "cuando la acción es absolutamente inidónea o el objeto es inexistente, no se plantea siquiera el problema de la antijuridicidad". De igual opinión: VON LESZT Tratado de Derecho Penal. trad. de MINENEZ DE ASUA. a la 20ª ed. alemana. Tomo III. 2ª ed. pag. 16 Madrid 1929. BELING. Grundzüge des Strafrechts. 11ª Aufl. pag. 58. Tübingen 1930. MEZGER. Tratado II. 2ª ed. trad. por RODRIGUEZ MUÑOZ. Adicionada y puesta al día por QUINTANO RIPOLLES. pag. 261. Madrid. 1957.

(108) WEGNER. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Göttingen 1951. pag. 225, RODRIGUEZ DE VESA. Derecho Penal español. Parte General. pag. 669. Madrid. 1974.

Los subjetivistas, en cambio, partiendo de la base de que también en el delito imposible existe una exteriorización de la voluntad criminal, mantienen la punición de la tentativa imposible de aborto, aún cuando no se dé un peligro real (109). Ante la ausencia total no sólo de daño, sino también de peligro, sólo queda como reprochable la voluntad anti-jurídica del autor (110), con lo que, caso de inclinarse por la teoría subjetiva, se corre el peligro,

(109) Es éste el criterio del Reichsgericht que, según WACHENFELD, no tiene ningún apoyo en el Derecho positivo (Lehrbuch. cit. págs. 177a 179). De acuerdo con la jurisprudencia alemana, expresada, entre otras, en las sentencias de 24-V-1880 (RG I. págs. 429 a 443), 30-III-1883 (RG 8 págs. 198 a 204), RG 24. págs. 219 a 221), 2-VI-1913 (RG 47 págs. 189 a 191). RG 68. pag. 13 y RG 17, pag. 108. THOMSEN. Das Deutsche Strafrecht. A.T. cit. pag. 82. SCHNYDER. - Der versuch... cit. pag. 62, SAUER. Allgemeine Strafrecht. Eine Lehrbuchmäßige Darstellung. Berlin - 1907. pag. 114. KOHLRAUSCH-LANGE. Strafrecht. 43 Aufl. pag. 487. Berlin 1961. MAYER. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart 1967, pag. 143. STRATEN WERTH. Schweizerisches Strafrecht. cit. pag. 49. - (apoyándose en el ya citado artículo 23 del Código penal suizo), LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 23. - SODNKE-SCHRODER. Strafrecht. cit. pag. 1.177.

(110) A no ser que se comparta la opinión de CORDOBA RODA (Notas al Tratado de MAURACH) Barcelona 1962, pag. 187). que ve, también en los casos de tentativa imposible, un principio de ejecución, ya que "todos los casos de frustración son casos de inidoneidad de la acción del sujeto, y a pesar de ello nadie pone

y denunciado por ANTON ONECA, de "llegar a la punición de los actos ínternos en confusión del Derecho con la Moral" (111). Ello no redundaría sino en perjuicio de la delimitación entre los respectivos ámbitos de la pena y la medida de seguridad (112).

Desde el punto de vista de la teoría objetiva, la punición del delito imposible carece de justificación. Desde la perspectiva subjetivista, nos parece incorrecto el intento de justificar la punibilidad basándose en la peligrosidad subjetiva del autor; si decíamos que el delito imposible se caracteriza por no poner en peligro bien jurídico alguno, ¿como entonces hablar de autor peligroso que no ocasiona peligro?. Es evidente que se da una intención criminal, pero ¿debe basarse la pena en las intenciones?.

.... en duda la presencia no sólo de un principio, si no de todos los actos de ejecución. No parece, por lo tanto, que quepa excluir en los casos de inidoneidad absoluta la penalidad por falta del comienzo de ejecución..." En el mismo sentido, vid. SUAREZ MONTES. El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. ADPCP 1966. pag. 227.

(111) ANTON ONECA. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. pag. 407. Madrid 1949.

(112) El artículo 9 de la derogada ley de Vagos y Maleantes de 1922 rezaba así: "los hechos que no -- constituyen delito por inidoneidad del medio o inexistencia del objeto podrán ser susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad".

Como alternativa para responder de alguna manera a estas objeciones surge la teoría mixta subjetivo-objetiva. Formulada fundamentalmente por autores alemanes, según la misma "no basta por sí sola la manifestación de una voluntad rebelde u hostil al Derecho, sino que se precisa además que tal voluntad encarne en una acción ejecutiva que ponga en peligro el orden público general" (113). Para JESCHESK, lo decisivo como fundamento para la punición del delito imposible es la impresión (Eindruckstheorie) que produciría en la colectividad el ver sin castigo a aquel que se ha decidido a perpetrar un hecho punible, impresión que quebrantaría la confianza en el Derecho como poder objetivamente conformador del orden social (114).

En relación con esta última teoría, consideramos acertadísima la siguiente reflexión de MEZGER: "presupuesto de la pena es que la tentativa sea peligrosa en relación al bien jurídico material de --

(113) JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. A.T. Berlin pag. 401. 1972.

(114) RODRIGUEZ MOURULLO (Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español. ADPCP -- 1971, pag. 369), considera, en base a lo expuesto, que el artículo 12,2 comprende sin duda casos de imposibilidad absoluta "apareciendo el precepto tan exento de límites que incluso resulta difícil la exclusión de la tentativa irreal". En este mismo sentido. vid. SUAREZ MONTES. El delito de aborto... cit. pag. 227.

que se trata. Teniendo en cuenta los fines de prevención general del Derecho punitivo es suficiente en ello que por la "impresión" que el acto causa en -- otras personas, se produzca una conmoción en la seguridad del bien jurídico" (115). Sin embargo, como certeramente apunta NUÑEZ BARBERO, "no debe estimarse suficiente, a los efectos de incriminación de la acción de tentativa, la impresión que el acto cause en otras personas, pues la peligrosidad de una acción es independiente de la "impresión" que pueda producir aquella, dado que la concepción realística del delito, predominante en el derecho penal, implica necesariamente la realización objetiva de un peligro para el bien jurídico, y el problema del peligro es un problema real y no sentimental" (116).

No encontramos en ninguna de las teorías expuestas un fundamento lógico que nos conduzca a la punibilidad de la tentativa imposible. ¿Como entonces justificar la inserción en nuestro Código, de marcado carácter objetivista, del artículo 2,2 ?.

El precedente inmediato del precepto mencionado hay que buscarlo en el artículo 29 de la ley de 24 de enero de 1911. (117). De lo particular se pasa

(115) MEZGER. Tratado II. cit. pag. 262.

(116) NUÑEZ BARBERO. El delito imposible. cit. pg. 104

(117) Dicho artículo comenzaba así: "las practicas

a lo general, y lo previsto en principio únicamente para supuestos de aborto, (probablemente en base al peligro que las maniobras abortivas entrañan para el bien jurídico de la vida e integridad física de la mujer) cuando son inadecuadas o recaen sobre un feto muerto, pasa, a través del artículo 2,2º a ser de aplicación a todo tipo de delito.

Esta última afirmación, sin embargo, no está exenta de controversia. Se discute por parte de la doctrina si el aludido precepto es una norma afijiva que ha de ser referida necesariamente a su principal, o bien se trata de una norma sustantiva. Y, mientras que QUINTANO-RIPOLLESI afirma que en el artículo 2,2 "se sientan meramente reglas de aplicación de la pena en supuestos de imperfección comisiva, sin derogarse por ello principios que afecten a la entraña misma de la doctrina jurídica del delito, notablemente a la tipicidad" (118) (lo que le lleva a negar la punibilidad de la tentativa absolutamente imponible por apreciar, en la misma línea ya esbozada por ANTON ONECA (119), que la única norma material a la que puede calificar es el artículo 3, y en éste están excluidos los casos de imposibilidad abso

.... abortivas realizadas en mujer no encinta creyén dola embarazada o empleando medios inadecuados, serán castigadas...".

(118) QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial cit. pag. 620.

(119) ANTON ONECA. Tratado cit. pag. 417. En contra SUAREZ MONTES. El delito de aborto...cit. pag. 227

luta o de ausencia de tipo), RODRIGUEZ MOURULLO, por su parte, piensa que, aún cuando fuera del artículo 52,2 no hay precepto alguno en nuestro Código que se refiera al delito imposible, "ello no quiere decir que éste carezca de base normativa material, pues la tiene-con todas las deficiencias que se quiera- en el propio artículo 52,2 que pese a aparecer formal y sistemáticamente concebido como regla de aplicación de la pena, posee virtualidad normativa material." (120).

Por nuestra parte entendemos que no pueden ponerse en relación los artículos 3 y 52,2, ni desde el punto de vista de considerar que en el artículo 3 se incluye también el empleo de medios absoluta o relativamente inidóneos así como la tentativa absolutamente imposible por falta de objeto (partiendo de una interpretación amplia de la expresión -- "principio de ejecución" (121)), ni sosteniendo la exclusión en ambos preceptos de la tentativa absolutamente inidónea a la par que se mantiene la inclusión de la que no lo es sino relativamente.

Estimamos que el artículo 52 ha quedado configurado como regla de aplicación de la pena en lo tocante a su primer párrafo, pero no así en cuanto al

(120) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios al Código Penal. Tomo II. arts. 23-119. pags. 222 y 228. Barc. 1972

(121) Remitimos a lo expuesto en la nota (110).

segundo. Al incorporar el Código de 1944 la figura del delito imposible, se cometió el error sistemático de su incardinación no en la norma definidora de la tentativa y de la frustración, sino en la norma adjetiva relativa a aquella, lo que trajo como consecuencia el que la doctrina se quebrase la cabeza tratando de adecuar el segundo párrafo del artículo 12 con el primero, y de relacionarlo, en una u otra forma, con el artículo 3 (única norma sustantiva a la que podrían adjetivar).

El párrafo controvertido aparece absolutamente divorciado del párrafo primero constituyendo una norma con entidad propia, mal encuadrada y carente de una definición de lo que ha de entenderse por delito imposible, con lo que el problema de si los casos de imposibilidad absoluta están o no comprendidos en la misma no puede solventarse desde este orden de ideas.

Ahora bien, dice ANTON ONECA, "si estos razonamientos son tan por artificiosos y se mantienen la pretensión de ver en el párrafo 2º del artículo 12 el concepto de toda tentativa imposible, siempre sabe adherirse a la opinión de aquellos autores que limitan aquella, segregando radicalmente de la tentativa los casos "de ausencia de tipo" pues les parece absurdo hablar de una tentativa sobre objeto -

inidóneo cuando lo que falta es la figura del delito" (122). Ya BINDING decía que la tentativa absolutamente inidónea no es ni consumación ni tentativa, - sino un nada jurídico penal (123). Los casos que, - según éste autor, pueden dar lugar a la apreciación de una tentativa son aquellos en los que puede haber una parcial proximidad al tipo determinado. En el delito imposible falta la identificación del acto con el modelo fijado por la ley; no hay tentativa de delito porque falta el delito en su raíz, por falta de los elementos esenciales del mismo (124).

A la hora de desarrollar esta teoría, es de vital importancia el realizar una concreta delimitación de cual sea, en cada tipo en concreto, el objeto material típico de la acción, entendiendo éste como "aquella entidad física cuya presencia es necesaria para que se realicen las hipótesis típicas -- del delito" (125). Centrándonos en nuestro tema, - ¿puede considerarse que el feto en desarrollo es el objeto material del delito de aborto?

(122) ANTON ONECA. Tratado. cit. pag. 417.

(123) BINDING. Die Lehre von Verbrechen. Tübinga -- 1966. págs. 328 y ss.

(124) Citado por NÚÑEZ BARBERO. El delito imposible cit. pag. 92. Considera este autor que la teoría de BINDING puede ser admitida en los casos en los que falta el objeto, pero no puede suscribirse plenamente cuando se revele la inidoneidad del medio, sino en aquellos supuestos en los que la ley lo describa y tome especialmente como un elemento del hecho.

Como anteriormente expusimos, la doctrina dominante entiende por aborto "la destrucción de la vida intrauterina con o sin expulsión, pero bajo el presupuesto de la existencia de dicha vida" (126) . Al hablar de aborto, los autores, la jurisprudencia y la ley de 24-I-1941 aluden siempre al feto; y el hecho de mencionar la destrucción del mismo como constitutiva de una acción típica de aborto implica, necesariamente, que previamente esté vivo. Si no hay feto, no hay aborto y consecuentemente, tampoco delito imposible por no haber tipo legal al que referirlo. Incluir la práctica de maniobras abortivas - (sin los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411) equivale, en palabras de QUINTANO RIPOLLES, a "vulnerar la dogmática de la tipicidad castigando una mera creencia errónea, lo que conduciría a penar como adulterio el yacimiento con una mujer soltera creyéndola casada, y otros tantos supuestos cuyo absurdo resalta en su propio enunciado" (127).

(125) FIORE. Il reato impossibile. cit. pag. 139

(126) QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial cit. pag. 607.

(127) QUINTANO GIMBERNAT. Cit. pag. 621. En el mismo sentido: ANTON ONECA. Tratado cit. pag. 417. NUÑEZ BARBERO. El delito imposible. cit. pag. 170. RODRIGUEZ DEVESA. Parte general. cit. pag. 665. En contra CUELLO CALON que, aún partiendo de la base de -

Parece que, en un primer momento, podríamos sostener que los casos de imposibilidad absoluta por falta del objeto material del delito, son impunes - por atípicos. Y decimos que sólo en principio puede ello sustentarse debido a dos razones fundamentales:

En primer lugar, porque la teoría de la "ausencia de tipo" (Mangel am Tatbestand) ha sido hoy en día abandonada en su propio país de origen. En segundo término, porque tal aserto tropieza, en la práctica, con toda una línea jurisprudencial ya que el Tribunal Supremo se ha manifestado., en cuanto a este asunto, asombrosamente unánime.

Efectivamente, la dogmática alemana más moderna rechaza la teoría del Mangel am Tatbestand alemana según la cual "pertenecen a la tentativa la existencia de todos los caracteres legales del delito, faltando únicamente el resultado; si faltan otros ca--

... que el aborto es la muerte del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores al parto, con o sin expulsión del vientre materno, cree que basta el ánimo de causar la muerte del feto para que las maniobras practicadas sobre la mujer se estimen delictivas, aunque no esté embarazada o esté el feto muerto (Tres Temas Penales, págs. 46 y 49. Barcelona 1955). También FERRER SAMA estima punible el delito imposible por falta de objeto a tenor del artículo 2,2; si bien considera sumamente criticable este precepto y propugna su sustitución por una medida similar a la del artículo 9 de la Ley de Vagos y Maleantes. (Comentarios al Código Penal. Tomo II. Murcia 1947, pag. 240).

racteres del delito (por ejemplo, el embarazo), no hay conceptualmente tentativa sino una ausencia de tipo impune. Crítica VON HIPPEL, entre otros, esta teoría, considerándola equivocada en sus fundamentos ya que "no sólo la falta del resultado es tentativa, sino también la falta de cualquier otro elemento del tipo" (128). A idéntica conclusión llega WEGNER (129). H.MAYER por su parte, entiende que - "la ley no distingue entre los casos en los que -- únicamente falta el resultado y aquellos otros en los que falta otro carácter del tipo"(130), opinión que coincide con la de SCHNYDER al afirmar que "pueden faltar otros elementos del tipo como el objeto o el instrumento de la acción sin que la tipicidad desaparezca" (131), y que difiere de la mantenida - por MEYER-ALLFELD (132), para los que, al no poderse hablar en la tentativa imposible de "principio de ejecución"; no puede hablarse de tentativa. Citaremos finalmente a WELZEL para quien "la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo, una tentativa", por lo que, también en los casos de falta de objeto -- "existe una tentativa punible"(133).

(128) VON HIPPEL. "(Deutsches Strafrecht. 2^a Bd. DAS Verbrechen. A.T. Berlin 1930. pags 433 y 434).

(129) WEGNER. Strafrecht. A.T. cit. pag. 226.

(130) H. Mayer. Strafrecht. A.T. cit. pag. 144

(131) SCHNYDER. Der versuch... cit. pag. 61

(132) MEYER-ALLFELD. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 9^a Aufl. Leipzig 1934. pag. 196.

(133) Derecho Penal alemán. Parte general. 11^a ed. trad.

En cuanto a la segunda de las consideraciones esbozadas, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo contrasta vivamente, a nivel práctico, con la citada teoría. En efecto, nuestro más alto órgano judicial entiende que en el párrafo segundo del artículo 52 están comprendidos los casos de imposibilidad absoluta, y así lo indica, en tema de aborto, en las sentencias de 30-XII-1955, 20-VI-1962, 3-VI-1967, 17-XI-1969, 28-III-1969, 28-II-1973 y 14-XII-1974. En este sentido resulta tajante la sentencia de 30-IX-1965 cuando afirma, en un caso de delito imposible de aborto por falta de objeto, que "no puede argüirse que en los delitos de aborto no sea aplicable el artículo 52 por estar sancionado el delito de aborto imposible en el último párrafo del artículo 411, pues esta previsión legislativa sanciona un delito complejo de aborto imposible y otro de lesiones graves u homicidio producidos por las prácticas abortivas por medios aptos o inidóneos." Esta dirección del Tribunal Supremo que incluye en el segundo párrafo del artículo 52 de los casos de imposibilidad absoluta, quiebra, sin embargo en la sentencia de 11-XII-1968, que en un supuesto de estafa, niega la aplicación del mencionado precepto - ya que "esta tipificación legal tiene su apoyo doctrinal en la existencia de una imposibilidad relativa de la producción del resultado propuesto pero no es tan siquiera incardinable en esta tentativa ini-

dónea cuando la actuación es absolutamente carente ni tan siquiera de apariencia de delito de posible efectividad, ya que por la total incapacidad criminal del sujeto falta todo asomo de delito en ninguno de sus grados pues al in-cumplirse todos los requisitos del delito, no puede haber forma ni perfecta ni imperfecta del mismo, pues la presencia del objeto del delito aparece en todo momento como rigurosamente inverosímil". En este fallo se basa H.01I VA (134), para afirmar que "los casos de inidoneidad absoluta no son castigados por el art. 12,2 del Código penal español por caer fuera del tipo cuya ejecución se pretende realizar", afirmación contradicha por RODRIGUEZ MOURULLO (135) que concluye -- que la anterior posición es excesivamente tajante ya que "la doctrina sentada en la mencionada sentencia tiene un alcance mucho más limitado: excluir * tan sólo los casos de la denominada "tentativa irreal" a lo que replica H. OLIVA (136) que es muy difícil trazar el límite entre imposibilidad absoluta y tentativa irreal impune. Nosotros creemos que el límite está precisamente en la posibilidad de que la comunidad se impresione no ya por la impunidad de una acción antijurídica, sino por la misma acción en --

(134) H.OLIVA. La estafa procesal. 1ª ed. pags. 309-310. Madrid 1970.

(135) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios.II.cit.pag.229 nota 54.

(136) H.OLIVA. La estafa procesal.2ª ed. pags.365 y 366, nota 156.

en tanto en cuanto ésta es susceptible de engendrar un peligro (peligrosidad entendida objetivamente y no subjetivamente, pero que no es todavía peligro - concretizado).

Pero la objeción que nos resulta más clara, sobretodo teniendo en cuenta el tratamiento del delito imposible dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal, es la formulada por RODRIGUEZ MOURULLO; según este autor, "la teoría del defecto de tipo se elaboró sobre la base del Código alemán en el que no hay ninguna referencia expresa al delito imposible. Tenía a la vista, pues, tan sólo dos tipos: el tipo del delito consumado y el del delito intentado. Compu^{to}sto éste exactamente, según dicha teoría, por -- los mismos elementos que integran el tipo del delito consumado menos el resultado, se concluye que -- los casos en los que falta el objeto son atípicos. Pero la situación es distinta en los ordenamientos en los que, como el nuestro vigente, se cuenta con tres tipos: el del delito consumado, el del delito intentado.. y el del delito imposible. Del mismo modo que no se puede afirmar que la falta de cualquier elemento del tipo del delito consumado "al igual - que excluye la consumación, debe excluir también la tentativa", pues precisamente las normas extensivas

sobre la tentativa y frustración convierten en típico lo que es atípico en relación con la figura - del delito consumado (falta de algunos actos ejecutivos) y falta de resultado), tampoco se puede decir que la inexistencia de objeto es causa de atipicidad más que sobre la base de dar por supuesto que el párrafo 2º del artículo 42 no quiere extender la esfera de lo punible a tales casos" (137).

A la vista de todo lo hasta aquí expuesto, formulamos en torno a la punibilidad del supuesto de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta (o portadora de feto muerto), creyéndola embarazada y sin que concurren los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411, las siguientes conclusiones:

1º.- En términos generales, el delito imposible por inexistencia del objeto del mismo se castiga en base a criterios puramente subjetivos, por lo que debería erradicarse su punición, sustituyéndose ésta por la imposición, en su caso, de una medida de seguridad.

2º.- El delito imposible de aborto por inexistencia de objeto está expresamente tipificado en el último párrafo del artículo 411, cuando del mismo -

(137) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. II. cit. pag. 232.

se deriven los resultados previstos en dicho párrafo (muerte o lesiones graves).

3ª.- No se encuentra tipificada la hipótesis de maniobras abortivas sobre mujer no encinta (o sobre feto muerto) cuando no van acompañadas de los mencionados resultados, por lo que la punición de la misma únicamente puede afirmarse sobre la base de acudir al segundo párrafo del artículo 52.

4ª.- El artículo 52,2 nada aclara sobre lo que ha de entenderse por delito imposible ni sobre si la tentativa absolutamente imposible (si es que puede hablarse de una distinción entre tentativa absoluta y tentativa relativamente imposible) queda comprendida dentro de sus márgenes.

5ª.- No creemos que la teoría de la ausencia de tipo pueda ser adaptada al Código penal español ya que el tipo del artículo 52,2 implica, per se, - un defecto de tipo, una falta de alguno de los elementos típicos que impide que el delito tenga lugar.

6ª.- Por todo ello, nuestra propia opinión de que el supuesto planteado es impune no puede fundamentarse ~~aho~~ en una idea que, en principio, no choca con el texto del artículo 52, la de la falta de peligrosidad (objetivamente considerada) por parte del agente, con lo que nos apuntamos a la teoría an

tes aludida, teoría objetiva de la tentativa (aunque no a la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, elaborada por la antigua teoría objetiva, y ya criticada en estas páginas). Reflexionemos un momento sobre la ratio legis del último párrafo del artículo 411 (en su vertiente - de maniobras abortivas sobre mujer no encinta o de empleo de medios inadecuados). Es evidente que no es el delito de aborto (de verificación imposible) lo que motiva la gravedad de la sanción: la causa de esta severidad hay que buscarla en el peligro - de que se produzcan los resultados lesivos o letales aludidos por el tipo. Ahora bien, si este peligro no existe ni puede darse en ningún momento por la inocuidad absoluta de las maniobras realizadas, resulta que la acción no es peligrosa y, por tanto, únicamente podría defenderse su punición a base de alegar una "intención" criminal con riesgo consiguien^{el}te de caer en un Derecho penal de autor (138). Por

(138) MUÑOZ CONDE. dice que "si no van acompañadas (las prácticas abortivas) o mejor seguidas del resultado abortivo es problemático hasta qué punto - existe un delito imperfecto de aborto punible. Los límites objetivos, representados por la puesta en peligro siquiera sea lejana del bien jurídico protegido, en este caso el feto, impiden, a mi juicio, el castigar por delito imposible o tentativa absolutamente inidónea de aborto". (Derecho penal. Parte especial, vol. I. Delitos contra las personas, - págs 74 y 75. Sevilla 1976).

otra parte, también en el hecho de clavar agujas en un muñeco de cera, creyendo que con ello se va a acarrear la muerte de una persona odiada, se vislumbra una intencionalidad criminal, descartando la doctrina la punibilidad en este supuesto por estimar que se trata de una "tentativa irreal"--- (139). ¿Y cuando la acción consiste en administrar por vía oral a una mujer encinta un preparado a base de azafrán creyendo que con ello se le va a producir un aborto?. ¿No es éste, así mismo, un claro caso de "irrealidad"?

En conclusión, partiendo de la base de que lo que hace surgir la agravación del 'último párrafo del artículo 411) en cuanto a la hipótesis de lesiones ~~muerte~~ como consecuencia de maniobras abortivas en mujer no encinta o de empleo de medios inadecuados) no es tanto la tentativa inidónea de intentar contra el bien jurídico "spes vitas" del feto (bien jurídico no presente en el caso de mujer no encinta) cuanto el peligro de producción de resultados letales o lesivos para la mujer, consideramos que el hecho de que éstos no sobrevengan implica - que el medio empleado no es un absoluto peligroso. El agente que emplea tal medio para conseguir su propósito no sólo no produce "impresión", sino que

(139). JESCHECK. Lehrbuch. cit. págs. 399 y ss.

mueve a la compasión, si no a la burla (140); y si la misma sociedad no le considera peligroso, sólo en base a criterios morales, ajenos al Derecho penal, puede reprochársele su acción:

C) EMBARAZO EXTRAUTERINO Y MOLAS

Una vez sentada la afirmación de que únicamente el feto vivo puede ser objeto material del delito de aborto, nos quedan por precisar una serie de casos en los que pueden surgir dudas sobre la existencia o no de un feto jurídicamente protegible. -- Trataremos, fundamentalmente, de dos supuestos: el embarazo extrauterino y las molas.

Por embarazo extrauterino entiende BOTELLA LLUSIA "toda anidación fuera de la cavidad uterina" - (aún cuando este autor prefiere la denominación de embarazo ectópico ya que este término "tiene más amplitud que el de embarazo extrauterino, pues hay gestaciones intrauterinas, como el embarazo intersticial o el cervical, que son, sin embargo, ectópicas") (141).

(140 Incluso el mismo CUELLO CALON, que parte de una visión subjetivizante de la tentativa, considera que "en el caso de empleo de medios absolutamente inidóneos, que más que d'un sujeto criminal exteriorizan a un anormal mental o a un débil de espíritu puede concebirse la impunidad (tres temas penales. cit. pag. 60).

(141) BOTELLA LLUSIA-CLAVERO MUÑOZ. Tratado de Ginecología-Patología Obstétrica. Tomo II. 9ª ed. pg. 379 Barcelona 1972.

Los defensores de la no punición del aborto en el caso de que éste recaiga sobre un feto ubicado fuera del útero se apoyan en las siguientes consideraciones:

1.- El embarazo ectópico no es un embarazo fisiológico sino patológico.

2.- El embarazo ectópico es peligroso para la vida de la mujer, por lo que debe tratarse como un tumor maligno y procederse a su inmediata eliminación, una vez diagnosticado (142).

En contra de éstos argumentos, se dice que el embarazo extrauterino no consiste en el desarrollo de un feto patológico, sino que el feto es normal, y el proceso de su desarrollo puede decirse fisiológico, residiendo la patología únicamente en el - peligro que crea para la vida o salud de la embarazada, (143). No se puede alegar que el feto está -

(142) TOCCI. Il procurato aborto. Trattato-medico-legale pag. 90 Milano 1945. Vid. en el mismo sentido: BOTELLA LLUSIA-CLAVERO MUÑOZ. Tratado de Ginecología. cit. 397. FERRER SAMA. Comentarios. Tomo IV. cit. pag. 303.

(143) Así, entre otros: VANNINI, Quid iuris. Vol V pags. 10-11. Milano 1950; ZUCCALA. Aborto. Enciclopedia del Diritto. cit. pag. 131. SANTORO. Parte - speciale. pag. 124. Torino 1965; MACAGGI. Sul titolo di reato per monovre abortive in caso di gravidanza ectópica. Rivista Penale 1936. pag. 943: "no

irremisiblemente perdido (144) puesto que ya dijimos que, a los efectos del delito de aborto, es in diferente que el feto sea o no viable en el momento de realización de las maniobras abortivas, basando el hecho de que en tal momento tenga vida fetal. Que luego el feto se auto destruya antes de llegar a término es cuestión que no interesa al --

... debe identificarse el carácter anormal de la sede de implantación ovular con el del feto patológico"; BOTTINI. Sul delitto di aborto della gravidanza extrauterina. Giustizia Penale. I. 881. 194, 1948; BENASSI. Aborto. Giustizia Penale. I. 881. - 325, 1950; en el mismo sentido vid. Cass. Sen 15-I 1941. según la cual "no se puede excluir el delito de aborto cuantas veces se interrumpa con maniobras ilícitas un embarazo extrauterino", y entre nuestros autores vid. CUELLOSCALON, Derecho Penal. II. Parte Especial. vol. II. 12ª ed. pag. 480. Barcelona 1967. SABATINI. Stato de necessita e dolo intema di aborto procurato. Rivista Penale. pag. 314. 1935.

(144) BOTELLA LLUSIA-CLAVERO MUÑOZ (tratado. cit.- pag 396) dicen ^{que} en el embarazo ectópico, "para el feto las posibilidades de vida son escasas, probablemente de menos de 1 por 2.000, Si a esto se aña de la frecuencia con que los fetos así anidados son débiles congénitos o malformados, podemos afirmar que prácticamente no hay oportunidad de viabilidad para los ectópicamente anidados".

Derecho Penal (145). Por otra parte, se han dado - casos (raros) de embarazos ectópicos que han llegado a buen término (146) por lo que no cabe afirmar tajantemente que en todo embarazo extrauterino el feto está, de antemano, condenado a perderse.

En cuanto a que el embarazo extrauterino represente un grave riesgo para la vida de la madre (peligro de hemorragia interna) y que, por ello debe intervenir inmediatamente que se haya diagnosticado una gestación ectópica (147), se ha demostrado - que cabe la resolución benigna del mismo (148), por

(145) En contra: GUZZON. Dell'aborto terapeutico. Archivio Penale. pag. 381. 1960: "cuando sea seguro que el feto, aún siendo fisiológicamente normal, no puede ser llevado a buen fin (no puede llegar a ser un individuo vital), no habrá delito" y PANNAIN - (Manuale di Diritto Penale. II. Parte Speciale. T.II Cit. pag. 529: "ha de excluirse la punibilidad cuando el feto estuviese irremisiblemente condenado, sin posibilidad de feliz terminación del embarazo".

(146) MACCAGI. Sul titolo di reato.. cit. pag. 945. vid. en el mismo sentido: BOTTINI. Sul delitto di - aborto.. cit. pag. 194.

(147) Así: BOTELLA LLUSIA-CLAVERO NUÑEZ. Tratado.cit par. 397: "creemos que las posibilidades de que este accidente (peligro para la embarazada) sobrevenga, son tan grandes, y las de que el feto sobreviva tan pequeñas, que no merece la pena hacer correr a la madre el riesgo de exponerla a una hemorragia interna".

(148) MACCAGI. Sul titolo di reato.. cit. pag. 950.

lo que consideramos, en principio, que la interrupción de dicho proceso es configurable como delito - de aborto, descartándose únicamente la punibilidad cuando concurren los requisitos del estado de necesidad (peligro de un mal inminente y grave), en cuyo caso constituye una hipótesis clara de aborto terapéutico impune. (149).

La cuestión no deja de tener trascendencia para nosotros ya que, si se concluye que el feto ectópico no es objeto material del delito de aborto, resultaría que las maniobras tendientes a destruirlo - serían operaciones quirúrgicas lícitas, con la consecuencia de que si de ellas se derivasen resultados de muerte o lesiones graves de la embarazada, de éstos únicamente respondería el autor cuando se demostrase que hubo una omisión del deber de diligencia- (150). Sin embargo, al considerar que la interrup-

(149) ZUCCALA. Aborto. cit. pag. 131. vid. en el mismo sentido: BOTTINI. Sul delitto di aborto. cit. pg. 194 y MANZINI. Trattato.VII. cit. pag. 571.

(150) No compartimos la opinión de CARLINI (L'aborto nel campo giudiziario. Milano 1935, citado por MACCAGI en sul titolo di reato. cit. pags. 939-940) para quien, en el caso de que las maniobras abortivas sobre feto ectópico se derivase la muerte de la mujer, el precepto aplicable sería el artículo 550 del Código Penal italiano en lugar del 549 ya que "no puede en este caso hablarse de delito de aborto por estar generalmente el producto de la concepción destinado

ción de un embarazo extrauterino es tipificable como delito de aborto (salvo que estemos en presencia de un estado de necesidad), creemos que tales resultados, al corresponderse con el último párrafo del artículo 411, son punibles a tenor de dicha norma.

Tema distinto es el de las molas, entendidas éstas como "gravísimas deformaciones del producto de la concepción que convierten a éste en patológico, perdiendo el carácter de fisiológico que atribuimos al feto ectópico. Los autores están de acuerdo en declarar inpunies aquellas acciones que tienden a provechar la violenta y prematura expulsión de dichas molas, acciones que constituirían "intervenciones quirúrgicas atípicas". (151).

... a perderse". En todo caso, la cuestión carece de importancia en nuestro Derecho dada la equiparación, a efectos penales, de las hipótesis de aborto sobre el feto vivo y maniobras abortivas sobre mujer no encinta, cuando de ellas se subsigan la muerte o lesiones graves de la mujer.

(151) MAURACH. Besonderer. Teil. 52. Auflage. pg. 57 Karlsruhe 1969; son también partidarios de la no punición de este supuesto: LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 9 (advirtiéndose, en este texto, que no hay que confundir los productos patológicos con los malformados, siendo éstos últimos objeto de aborto); MEZBER-BLEI. Besonderer. Teil. cit. pag. 30; WELZEL. - Besonderer Teil. cit. pag. 300; SCHONKE-SCHRODER. - Strafgesetzbuch Kommentar. cit. pag. 1.152. Y en Italia: CONTIERI. Delitti contro l'integrità... cit. pag. 1.193; SEVERINO. Codice Penale commentato. Pag. 412. Roma 1973; GUZZON. Dell'aborto terapeutico, cit.

Es evidente que cuando no hay objeto del delito de aborto, es decir, cuando no hay feto vivo (en el sentido de vida fetal, no de vida humana), falta la "spee vitae" faltando, pues, el bien jurídicamente protegido por el delito de aborto. ¿Puede hablarse en estos casos de delito imposible?

Los partidarios de la teoría subjetiva de la tentativa, para quienes la mera intención (traducida en actos) de producir un aborto es ya punible "per se", a título de tentativa, no tienen más remedio que estimar punible la acción encaminada a destruir el producto de la concepción (no guiada por consideraciones terapéuticas (152)), aún cuando lo -

.... pag. 380; ZUCCALA. Aborto. cit. pag. 132; PANNAIN. Manuale. Parte Speciale. cit. pag. 529; PESSINA. Aborto procurato. Enciclopedia Giuridica italiana. vol. I. Parte I. cit. pag. 62. Milano 1884.; - BOTTINI, Sul delitto di aborto, cit. pag. 197; IRURETA GOYENA. Delitos de aborto, bigamia y abandono de menores. pag. 31. Montevideo 1932; en España: - FERRER SAMA. Comentarios. Tomo IV. cit. pag. 303. QUINTANO RIPOLLES justifica la no punición no en razones de tipicidad, sino por ausencia de culpabilidad, al justificarse la intervención por motivos terapéuticos, afines al estado de necesidad. (QUINTANO GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. Tomo I. Vol I. cit. pag. 611).

(152) Según BOTELLA-LLUSIA-CLAVERO NUÑEZ (tratado cit. pag. 249-250) "la mola tiende a ser expulsada espontáneamente, por lo que si no hay una indicación urgente de eliminarla, lo mejor es esperar su expulsión. Ahora bien, sucede con frecuencia que se producen hemorragias copiosas, o, más raramente, esta-

destruido sea algo tan distinto de una "spes vitae" como un tumor molar. Y ello porque, si se considera que la expulsión del feto muerto, o las maniobras abortivas sobre mujer no encinta creyéndola embarazada son delito imposible de aborto, también lo será la expulsión de la mola, provocada con un propósito feticida (153).

Sin embargo, no es éste nuestro punto de vista. Ya en su momento concluimos la no punición de los casos supramencionados (feto muerto, mujer no encinta), salvo que fueran acompañados causalmente de -- los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411. Por las mismas razones entonces alegadas, consideramos que la expulsión de una mola provocada con la intención de producir la muerte del -- presunto feto no es delito de aborto por falta del objeto del mismo. ¿Y si la expulsión así provocada ocasiona la muerte o lesiones graves de la mujer? ¿Entraría este supuesto en las márgenes del últi-

...do de toxemia en la madre, de tal índole, que -- nos obliga a pensar en su eliminación. Por tanto só lo estará indicada la actuación activa cuando haya hemorragia o toxemia grave".

(153) Así, consecuentemente: CUELLO CALON. Tres Temas Penales. El aborto criminal. página 59. Barcelona 1955.

no párrafo del artículo 411². Para solucionar esta cuestión recordemos la definición que de la mola - da BOTELLA LLUSIA: "Una mola es inicialmente un -- huevo abortivo que estaba destinado a que su trofo blasto se atrofiase, pero éste, en vez de degenerar y morir, se hace parásito de la sangre de la madre ... Se le ha llamado también degeneración molar... Conduce : siempre o casi siempre a la muerte del pro ducto de la concepción y con frecuencia origina se rios accidentes a la madre" (154). Sucede entonces que la existencia de una mola supone la degeneración o muerte del feto, por lo que podemos equiparar es ta situación a la de feto muerto y, consecuentemen te, a la de "mujer no encinta". Con lo que podemos establecer las siguientes conclusiones respecto de la punición, o no, caso de derivarse los resultados letales o lesivos:

1) Si la intervención se hace conociendo la -- existencia del tumor molar, es presumible que la in tención del agente no sea abortiva sino terapéutica. Si de esta intervención se subsiguen los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411, es tos serán impunes, a no ser que el agente haya obra so negligentemente, en cuyo caso serán inculminables no por el precepto aludido, sino a título de culpa.

(154) BOTELLA LLUSIA-CLAVERO NUÑEZ. Tratado. cit. pag. 240-241

2) Si la intervención responde no a móviles terapéuticos, sino lucrativos, ya que el agente, conociendo la existencia de la mola, hace creer, sin embargo, a la mujer que desea abortar que está efectivamente embarazada, el tipo aplicable no será el - del último párrafo del artículo 411, pues éste exige la creencia en la existencia de un embarazo (que aquí falta), sino el correspondiente de los relativos al delito de estafa, siendo las consecuencias letales o lesivas incriminables a título de culpa (homicidio-lesiones culposas) en concurso ideal con aquel.

3) Si el agente obró con ánimo fétido, ocasionando su actuación los resultados previstos en el párrafo supracitado, será éste el aplicable por encajar dicha hipótesis dentro de la expresión "mujer no encinta".

D) LIMITES MINIMO Y MAXIMO DEL DELITO DE ABORTO.

Una vez sentado que únicamente el feto dotado de vida fetal (viable o inviable, intra o extrauterino) puede ser objeto del delito de aborto, no nos queda sino precisar sus límites: ¿cuándo empieza y cuando termina la vida fetal?

En medicina se distingue entre embrión (huevo fecundado hasta el tercer mes de la gestación) y feto

(huevo fecundado a partir del tercer mes y hasta el término de la gestación), Ya citamos, al tratar del bien jurídico protegido por el delito de aborto, la opinión sustentada por algunos biólogos según la --cual no puede hablarse de vida antes de la 24ª semana del embarazo; pensamos, sin embargo, que una cosa es decir que no hay vida humana en trance de devenir tal, y otra muy distinta es negar la existencia (jurídicamente digna o no de protección) de una vida fetal o, mejor, de un proceso de desarrollo fetal, aún cuando éste no se concrete todavía en esa "esperanza de vida" protegible. Por ello la mayoría de los autores consideran que la protección penal del feto comienza en el momento mismo de la concepción, es decir, en aquel instante en que el espermatozoide masculino se encuentra con el óvulo femenino y la fecunda (155). Sin embargo, la aparición

(155) Así, entre otros: ALIMENA. Enciclopedia. cit. pag. 691; PANNAIN. Manuale. cit. pag. 519: "debe excluirse la existencia de gravidez y, por ende, de aborto en el periodo intermedio entre la copulación y la fecundación"; MARTINEZ VAL. El sujeto pasivo en el delito de aborto. RGLJ. 1957. pag. 20; ZUCCALA. Aborto cit. pag. 232; LOGOZ. Commentaires du Code Penal Suisse. Partie Speciale. Neuchâtel 1955. pag. 30; MEZGER-BLEI. Besonderer Teil. cit. pag. 30; R. SCHMIDT. Grundriss des Deutschen Strafrechts. 2ª Auflage. pag. 220. Leipzig 1931; CUELLO CALON. Parte Especial. cit. pag. 480; QUINTANO GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. cit. pag. 609

de la píldora del día siguiente y de otros dispositivos de colocación interna, que no impiden la fecundación pero sí la implantación del huevo fecundado, ha motivado el que algunos autores, para evitar la incriminación de estos casos como abortos, pospongan el momento de comienzo de la protección penal llevándolo al de la nidación o colocación del huevo en el útero (que tiene lugar entre el 7º y el 9º día después de la fecundación); naturalmente el problema se plantea únicamente en aquellas legislaciones que aún no han legalizado el aborto, puesto que en las otras suele haber una permisión de abortar - (sujeto a más o menos requisitos legales) hasta la 24ª semana de embarazo (156); Para fundamentar semejante criterio se alega que sólo con la nidación comienza la verdadera interrelación orgánica entre la vida fetal y el cuerpo de la madre (157). Sin entrar

.... DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Parte Especial. cit. pag. 239; RODRIGUEZ DEVESA. Parte Especial. cit. pags. 75 y 76.

(156) Así: ANTOLISEI: Manuale. Parte Speciale. I. cit. pag. 86; WELZEL. Besonderer Teil cit. pag. 300; -- STRATENWERTH. Schweizerisches. Strafrecht. Besonderer Teil. Bern 1974, pag. 43. MAURACH. Besonderer Teil. cit. pag. 55; LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 9. LUTTIGER. Der beginn des lebens und das Strafrecht. JR. pag. 445. 1969.

(157) LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 9

en la discusión planteada (pues creemos que, en definitiva, la elección de uno u otro criterio no depende de consideraciones biológicas sino de argumentos de política criminal) (158), nuestra opinión personal es que, si lo que realmente se tutela es la "spes vitae",^{1a} protección debe comenzar en el momento mismo que de ella se tenga noticia, lo cual no es posible, a nivel de seguridad ofrecida por la prueba del embarazo, sino unos días después de producida la concepción. Llevar la protección al momento de la fecundación o al de la anidación no deja de ser un "desideratum", dadas las dificultades (por no decir la imposibilidad) de prueba de verificación de la misma. Si, por el contrario, -- llegase el día en que el bien jurídico real y palpable de la vida e integridad física de la madre -- primara sobre el ideal de la esperanza de vida, el límite mínimo protegido por el delito de aborto sería precisamente aquel instante en que la operación abortiva realizada en forma adecuada pudiese poner en peligro dicho bien jurídico (los médicos calculan que hasta el término del tercer mes de embarazo, la operación puede ser efectuada, de acuerdo con los medios científicos actuales (normalmente se utiliza el método KARMAN), sin riesgo alguno para

(158) Así: LANG-HINRICHSSEN. Zur Strafrechtlichen -
 Ractsschtz des Lebens vor der Gebur. pag. 369. JR. -
 1970.

la embarazada, aumentando el riesgo conforme pasen los meses siguientes a dicho plazo (159).

En cuanto al límite máximo del delito de aborto, es claro que es vecino inmediato del límite mínimo de protección de los delitos contra la vida humana independiente, sobre el cual sea éste, existen diversas teorías: RODRIGUEZ DEVESA lo cifra en el nacimiento, entendido éste como separación completa del claustro materno (160), en tanto que QUINTANO-SIPOLLES habla del comienzo de la respiración

(159) El método KARMAN consiste en la aspiración - del contenido del útero mediante una cánula de material de polietileno que está rematada en uno de sus extremos, por una punta redonda, con lo que elimina el riesgo de perforación del útero. Con esta cánula se presiona la pared uterina, para descubrir el - cuello del útero; una vez descubierto éste, se mantiene con una pinza estéril (pinza de Pozzi). A continuación, se conecta con la cánula o bien una jeringa de plástico de 50 cm³, o bien un bocal en el que previamente se haya establecido una presión negativa de 0,5 a 0,6 atmósferas, y que está unido - por un lado a la cánula y por otro a una bomba aspiradora, y ya no queda sino proceder a efectuar la - propia maniobra de aspiración, que puede tener una duración de 30 segundos a diez minutos. Tras la intervención, que puede desarrollarse sin anestesia o con una pequeña anestesia local, la paciente puede levantarse e irse a su casa (datos extraídos del libro - Libérons l'avortement. Comité pour la liberté de l'avortement et de la contraception (Grenoble). pgs. 9 a 15. París 1973.).

(160) RODRIGUEZ DEVESA. Parte Especial. cit. pags. 23 y 24. Vid. en el mismo sentido: DEL ROSAL COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Parte Especial. cit. pag. 135.

pulmonar como criterio mas claro y práctico (161), que es criticado por STAMPA BRAUN por considerarlo inútil en el supuesto de fetos apneicos, proponiendo este último autor como límite el momento en que "el producto de la concepción haya iniciado, en virtud - del parto, su separación del seno materno y... que en tales condiciones "continue vivo", es decir, que no se haya interrumpido la vida orgánica del producto de la concepción"(162).

Dado que el tema ha sido ya muy elaborado a nivel doctrinal, no entramos nosotros en la discusión teórica, aceptando, como hipótesis de trabajo la tesis de STAMPA BRAUN, matizándola en el sentido de distinguir, dentro del mismo proceso del parto, dos momentos diferenciales: el periodo de dilatación y el de expulsión. En éste segundo periodo, el feto baja a lo largo de la pelvis y se instala en el canal del parto presto a una última maniobra: la de expulsión. Consideramos que es en esta última fase del proceso del parto en la que debe fijarse la li-

(161) QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. cit. pag. 80.

(162) STAMPA BRAUN. El objeto material de los delitos contra la vida. pag. 535. ADPCP 1950.

néa diferencial entre feto y recién nacido, no creyendo que sea necesaria la completa separación madre-hijo para que pueda empezar a hablarse de vida humana independiente. Ya en el preciso instante en que la cabeza (u otra parte del cuerpo del feto)-- "corona" culmina la vida fetal y comienza para el producto de la concepción la vida exterior.

CAPITULO 3º

**ELEMENTOS DEL TIPO DEL ULTIMO PARRAFO DEL
ARTICULO 111 DEL CODIGO PENAL.**

**ELEMENTOS DEL TIPO DEL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO
411 DEL CODIGO PENAL.**

Tras el intento encaminado a precisar los límites del concepto de aborto y el objeto material de dicho delito, así como a encontrar solución práctica a los casos de delito imposible por falta de objeto (de dudosa tipificación), pasemos al análisis en concreto de los tipos contenidos en el párrafo final del artículo 411 que, según la doctrina y la jurisprudencia, quedan reducidos a tres:

a) Aborto con resultado muerte o lesiones graves.

b) Delito imposible de aborto por inexistencia de objeto (prácticas abortivas en mujer no encinta, creyéndola embarazada), seguido de un resultado de muerte o lesiones graves).

c) Tentativa inidónea de aborto (empleo de medios inadecuados para producirlo) con resultado de muerte o lesiones graves.

**A) EL NEXO CAUSAL EN LOS TIPOS DEL ULTIMO PARRAFO
DEL ARTICULO 411.**

1º. Planteamiento. Pero, antes de pasar al estudio en concreto de cada uno de los tipos, la expresión legal "cuando a consecuencia del aborto" -

nos plantea un primer e importantísimo tema: el de la relación de causalidad entre las maniobras abortivas y los resultados previstos en la norma. DEL ROSAL dice que "la significación gramatical y técnica de la palabra "resultare" empleada en este artículo, nos descubre la realidad incontrovertible de que los resultados de muerte o lesión no son - deseados ni queridos, y que se han producido sin que mediare culpa ni intención" (163). Teniendo - esto siempre en cuenta, y partiendo de la consideración de que las tres diferentes modalidades previstas en el último párrafo del artículo 411 no son sino variedades de calificación por el resultado, dado que en los delitos cuantificados por el resultado no cabe acudir al correctivo de la culpabilidad para paliar los excesos a los que pudiera conducir la afirmación del nexo causal desde - un punto de vista estrictamente objetivo, la doctrina parece conforme en exigir en tales casos -- que entre la acción inicial y el resultado más - grave se dé una relación de causalidad basada en - la adecuación de la primera para producir el segundo. Así, lo exigía la doctrina alemana, antes de la reforma del párrafo 56: "Ya antes de la introducción del actual párrafo 56, los autores ha-

(163) DEL ROSAL. "En torno al aborto con resultado de muerte" en Estudios penales, pag. 120. Madrid 1948. Ver también DEL ROSAL, COBO, RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas. cit. pags. 333a 337.

bían exigido o bien que el resultado más grave fuese causado culposamente, o bien que se adoptase - una doctrina estricta de la causalidad (Adäquanztheorie) para limitar la responsabilidad del autor por las consecuencias previsibles en general o por él previstas (164). Así, VON LISZT, exigía para - los casos en los que la introducción de un determinado resultado se contempla por la Ley como condición de punibilidad o como condición agravatoria de la pena "una causalidad adecuada" (165).

(164) BAUMANN. Strafrecht. 5ª Aufl. pag. 191. Bielefeld 1968. Vid en el mismo sentido: BOCKELMANN Zur Schuldthe des Obersten. Gerichtshofs. ZStW 1951 (nº 63). pag. 40.

(165) Vid. LISZT-SCHMIDT. Lehrbuch des Deutschen - Strafrechts. pag. 169. Berlin und Leipzig 1932. 26ª ed. En el mismo sentido: VON HIPPEL. Deutsches Strafrecht. pag. 145. Berlin 1930, citado por WEGNER. Strafrecht A.T. cit. pag. 107. En contra MAYER (Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, pags.- 142-143 Heidelberg 1923). pide soluciones de lege ferenda, considerando que no se trata de formular una nueva teoría causal en base a la existencia de este desafortunado grupo de delitos, sino que lo - que debe hacerse es defender el pensamiento de que sólo del resultado previsible puede responderse.- Evidentemente ésta es la solución idónea, y buena prueba de ello es que el legislador alemán la ha - adoptado en el párrafo 56; pero de lege data, y en tanto en cuanto no se produzca la deseada reforma, habrá de seguirse abogando por la corrección de la responsabilidad objetiva a través de la exigencia de una relación causal adecuada.

JESCHECK afirma en otros tiempos que "si la ley une a una consecuencia especial de la acción una pena más grave, el autor únicamente deberá - responder si la acción era, según la experiencia común de la vida, adecuada para provocar dicha - consecuencia"(166). sin embargo, el mismo autor - declara recientemente que la teoría dominante en Alemania, en la actualidad, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, es la de la conditio ya que, habiéndose criticado ésta no como teoría causal, sino en base a los resultados injustos a que conducía en los delitos cualificados por el resultado, tal objeción ha perdido su virtualidad al ser éstos desterrados del Código Penal alemán. (167). La idea tiene su lógica ya que, al exigir el parágrafo 56, resultante de la reforma, que ha ya, por lo menos, culpa para poder hacer responsa ble al sujeto del resultado más grave por él cau sado, ello quiere decir que no basta ya con la me ra afirmación del nexo causal entre la acción y -

(166) Citado por A. KAUFMANN. Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. pag. 245. Heidelberg. 1961. En el mismo - sentido MEZGER que no sólo exige una adecuación - corriente, sino que ha de ser de tal chse que po sea una propia tendencia a favorecer la producción de resultados de aquella índole más grave". Trata do I. cit. pag. 244. MAURACH. PCw cit. pag. 232.

(167) JESCHECK. Lehrbuch. cit. pag. 206-215. Berlin 1972

el resultado, sino que es preciso una referencia a la culpabilidad, que es, en definitiva, la misma - conclusión que perseguía la aplicación a este grupo de casos de la teoría de la adecuación.

Aún cuando, como hemos visto, en la dogmática alemana haya perdido adeptos la teoría de la adecuación por haber desaparecido la problemática que la hizo surgir, ésta ha de mantenerse en aquellos ordenamientos en los que subsisten formas de responsabilidad objetiva como único camino para salvar mínimamente el principio de culpabilidad. En Italia es defendida, entre otros, por ANTOLISEI (168) RANIERI (169), y más matizadamente, examinando cada caso en concreto, por LEVI (170).

(168) ANTOLISEI. dice: "En este tema (delitos cualificados por el resultado), la necesidad de una - noción del nexo causal que restrinja a límites razonables la responsabilidad, como se ha puesto de relieve, ha sido abiertamente reconocida incluso - entre los más competentes seguidores de la teoría de la equivalencia (Berlin, Frank, Radbrâch, etc). No puede negarse, en efecto, que las normas del Código que ponen a cargo del agente resultados independientes de todo elemento de culpa, conducen a - las más aberrantes consecuencias, si para la imputación objetiva se considera suficiente el nexo - condicional". Il rapporto di causalità del Diritto Penale. Pag. 279. Torino 1960. Véase del mismo autor. Manual Derecho Penal P.G. Trad. DEL ROSAL Y - TORIO. pag. 289. Buenos Aires. 1960.

En cuanto a la postura de los autores españoles, citamos como exponente al profesor CORDOBA, puesto que todos ellos vienen a decir, con diferentes palabras, lo mismo "... en esta clase de infracciones (delitos cualificados por el resultado), de la causación del resultado se deriva, sin necesidad de culpabilidad, la responsabilidad criminal. La exacerbación de la causalidad a que conduce la teoría de la condición, llevará pues aquí a consecuencias realmente injustas... Sería pues de desear, ya que nos encontramos en nuestro ordenamiento ante distintos delitos cualificados por el resultado de cuya existencia no podemos prescindir, que se pudieran excluir, al menos, del ámbito de la punible, los supuestos de curso causal

(169) RANIERI. Manuale di Diritto Penale. Vol. I. P.G. 3ª ed. pag. 284. Padua 1956. refiriéndose al nexo causal en los delitos preterintencionales, -adicea que sólo podrá este ser afirmado "no cuando la conducta sea antecedente indispensable del evento ulterior, sino cuando se presente como condición para producirlo y lo hubiera producido efectivamente a través de un proceso causal típico".

(170) LEVI. Commento Conti. Vol. II. pag. 185. nota nº 1. 1934. Citado por Vannini en Quid iuris (aborto), cit. pag. 55.

irregular... Con ello se limitarían al máximo los inconvenientes que derivan en nuestro Derecho, de tales delitos: la penalidad agravada propia de -- esas infracciones tan sólo se aplicará cuando el nexo causal entre en acción básica y resultado -- grave sea típico. De este modo los supuestos de curso causal irregular no darán lugar, por atipicidad, al nacimiento de responsabilidad criminal (171)^u.

2º. APLICACION DE LA TEORIA DE LA ADECUACION AL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.

Lo anteriormente expuesto es de vital importancia a la hora de buscar, de lege data, (y en

(171) Al hablar de nexo causal típico, se refiere CORDOBA a la tesis de MAURACH según la cual sólo la manifestación de voluntad adaptada a la figura legal puede ser causación típica del resultado, lo que es como decir que ha de ser adecuada, constituyendo la adecuación, según el autor alemán, un aspecto de la tipicidad. (Notas a Tratado de Maurach. Tomo I. cit. pags. 232, 233, 239, 240. Ver también Comentarios al Código Penal. cit. Tomo I. pag. 13). En el mismo sentido de exigir adecuación en los delitos cualificados por el resultado: J. DEVESEA P.G. cit. pag. 313. DIAZ PALOS. La causalidad material en el delito, pag. 73. Barcelona 1954 Y más ampliamente, con abundantes citas de autores E. GIMBERNAT. La causalidad en D.P. ADPCP 1962, - pags. 574 y 575 (notas 93 y 94).

tanto no se adopten legalmente las soluciones, que de lege ferenda, proponemos en otro lugar de este trabajo), correcciones a la responsabilidad por el resultado que suponen las distintas modalidades - del párrafo último del artículo 411. Si los autores propugnan la aplicación de la teoría de la ade cuación a los delitos cualificados por el resultado, y el mencionado párrafo pertenece a tal categoría de delitos, sería una contradicción no defender en el caso concreto lo aceptado en general, -- contradicción en la que no incurren nuestros autores: "la falta de exigencia de culpabilidad respecto al resultado mas grave que cualifica, obliga a buscar una limitación a través de la causalidad -- pues con la teoría de la equivalencia de las condiciones no es posible, a diferencia de lo que ocurre en otros delitos, corregir mas tarde, por medio de la culpabilidad, una desmesurada aplicación del tipo" (172); "el lugar que correspondería en buena técnica al aspecto subjetivo aparece ocupado únicamente en esta figura delictiva por la relación meramente objetiva de la causalidad. Por ésto mismo sería aconsejable que, puesto que no puede contarse con el posterior correctivo de la culpabilidad,

(172) RODRIGUEZ DE VESA. P.E. cit. pag. 82-83. Madrid. 1975.

se afinase hasta el máximo a la hora de admitir el nexo causal entre las maniobras abortivas y la muerte o las lesiones graves, de la mujer, Debería negarse a esta relación causal, y, por consiguiente el nacimiento de la responsabilidad objetiva que se consagra en el último párrafo del artículo 411, -- siempre que hubiesen aparecido concausas de influjo decisivo no imputables al agente" (173), como por ejemplo, "la conducta imprudente de la víctima, que aunque culposa, debería interrumpir la causalidad jurídica en cuanto al resultado" (174). "no todos los resultados causados son imputables, sino sólo aquellos producidos dentro de la realización causal típica (adecuada) que llevó a la ley a unir el comportamiento base y el resultado en un delito. El delito de aborto con resultado de muerte tipifica sólo aquellos fallecimientos producidos a consecuencia de los riesgos característicos del comportamiento base peligroso (aborto)" (175).

(173) DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas. cit. pgs. 369-371.

(174) QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado Parte Especial.- cit. pg. 669.

(175) E. GIMBERNAT. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. pgs. 175 y 176. Madrid 1966.

39. CONCEPTO Y DETERMINACION DE LA ADECUACION

La doctrina parece, por lo que se ha visto, conforme en la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada,^{a1} aborto con resultado de muerte o lesiones graves (como delito cualificado por el resultado que es). Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por causa adecuada de un resultado?. -- ¿Quien y en qué momento ha de juzgar si se da o no adecuación entre una acción dada y un resultado mas grave?. Para contestar a estas preguntas acudimos una vez más a la dogmática alemana, que ha desarrollado estas cuestiones in extenso.

Según MAURACH, "causa es tan sólo aquella condición que, conforme a la experiencia general, es adecuada para producir un resultado típico" -- (176). Este autor se pregunta qué criterio ha de servir para determinar la adecuación de una causa "Con razón se ha abandonado en general el parecer primitivo que conducía a que tan sólo la experiencia del autor determinara la posibilidad del proceso causal. En efecto, este punto de vista conduce en realidad, como han señalado con razón sus adversarios, no a un juicio de causalidad sino, directamente a un juicio de culpabilidad. Resta pues

(176) MAURACH. Parte General. cit. Tomo I. pag.235

como criterio, el llamado pronóstico posterior objetivo (177): el observador objetivo, el juez, debe representarse la situación anterior a la producción de las condiciones en cuestión. Si se debió contar con el proceso causal producido en realidad la condición será adecuada, y causa, pues, relevante para el derecho penal; si, por el contrario no se podía contar racionalmente con el proceso concreto, se suprimirá, junto a la no previsibilidad del suceso, la causa relevante para el derecho penal" (178). En este juicio hay que tener en cuenta, en cuanto a la idea de previsibilidad objetiva por parte del hombre común (sagaz o prudente son calificativos frecuentemente empleados respecto del mismo), todas las condiciones por éste conocidas o que podía conocer, más aquellas no conocidas en general pero que, debido a circunstancias excepcionales, conocía el autor (conocimiento ontológico), amén de las leyes de la naturaleza en base a las cuales se ha de decidir sobre la posibilidad del resultado y que constan al tiempo de la acción, a todo lo que hay que añadir todas las demás leyes que le son conocidas al autor

(177) Que no es otra cosa que la "Nachträgliche - Prognose" de VON LISZT.

(178) MAURACH. Parte General. cit. Tomo I. pag. 236.

a causa del azar o de conocimientos teóricos excepcionales (conocimiento nomológico) (179). Con todo este material, el juez ha de determinar si - el resultado más grave era generalmente previsible o si, aún no siéndolo, fue previsto por el autor de la acción principal, en base a sus excepcionales capacidades: en caso afirmativo, habrá de -- afirmar que la acción ha sido adecuada para producir el resultado; en caso contrario (resultado absolutamente imprevisible) habrá de rechazarse tal responsabilidad. Como colofón a este primer apartado en el que hemos visto lo que significa ser -- causa adecuada de un resultado, traemos aquí unas palabras textuales del profesor GIMBERNAT que estimamos harto representativas: "Las normas jurídicas se configuran teniendo en cuenta el hombre tal como es (tipo real), o tal como debe ser (tipo -- ideal); pero no deben estar referidas a un hombre que no existe (es decir: como éste no puede ser). La persona humana está caracterizada por poder -- prever los acontecimientos futuros sólo limitadamente,⁽¹⁸⁰⁾ no todas las consecuencias de sus acciones sino únicamente un determinado número de ellas, -- son susceptibles de previsibilidad. La reprobabilidad es reprobabilidad de algo, presupone un ob-

(179) GIMBERNAT. Delitos cualificados por el resultado. cit. pags. 34-35. WELZEL. Deutsches Strafrecht cit. pags. 40-41.

(180) Los subrayados son míos.

jeto: no haber hecho uso de una capacidad conferida al hombre; ¿dónde está ese algo, qué es lo que se puede reprobar cuando no se hace uso de una capacidad que nadie posee?. Las acciones que provocan consecuencias inadecuadas (objetivamente imprevisibles), al no ser reprobables carecen de la indispensable condición para ser típicas. Precisamente ahí se encuentra la fuerza de atracción de la teoría de la causalidad adecuada, y ello explica que cuando se rechaza como teoría de la causalidad, la doctrina intente de nuevo, con otros argumentos, excluir las acciones inadecuadas en los terrenos de la tipicidad: la frontera de la adecuación es, al mismo tiempo, la de la responsabilidad jurídico-penal posible" (181).

4º. ADECUACION, PREVISIBILIDAD OBJETIVA Y CONCEPTO DE PELIGRO.

Según la opinión dominante, la idea de adecuación coincide con otros dos conceptos: con el de peligro, en sentido jurídico-penal, y con el de previsibilidad objetiva (182). En realidad ambos

(181) E. GIMBERNAT. La causalidad en Derecho Penal. ADPCP 1962. cit. pags. 560-561.

(182) E. GIMBERNAT. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. cit. pag. 19. Ver del mismo autor: La causalidad en Derecho Penal. cit. pag. 577.

conceptos se confunden en uno sólo ya que en el segundo va implícito el primero: todo el mundo puede prever que sobrevenga un resultado más grave porque la acción principal comporta un peligro fácilmente captable de realización del mismo. Podríamos definir este peligro como "aquella situación en la que es probable, según un juicio objetivo, la introducción de una determinada consecuencia no deseada". (183) Esto nos lleva a la investigación del grado de tendencia que posee la acción básica para producir el resultado en cuestión, lo que, en el párrafo que estudiamos, nos hace preguntarnos si en las maniobras abortivas in genere se da un peligro cierto y objetivamente previsible de causación de una muerte o de unas lesiones graves. Partiendo de las estadísticas, aún cuando aceptamos que, por su relativa exactitud, pueden ilustrar nuestro razonamiento pero no determinarlo, podemos afirmar que no es igualmente peligroso un aborto realizado por un médico con instrumental adecuado que una maniobra abortiva ejecutada por persona no capacitada y en condiciones antisalubres (poniendonos siempre en el supuesto de clandestinidad del aborto, puesto que en aquellos países en los que el aborto está legalizado, el riesgo de consecuencias ulterio-

(183) WELZEL. Das Deutsches Strafrecht. Eine Systematische Darstellung. 10ª ed. pag. 43. Berlin 1967

res disminuye hasta convertirse en prácticamente nulo (184). En el primer caso, el grado de tendencia de la acción principal (aborto) para producir

(184) Siempre relativizando las cifras dadas en estadísticas oficiales, ya que en el delito de -- aborto se cuenta con una elevadísima "cifra negra" podemos traer aquí, a guisa de información, algunos datos encontrados en el curso de nuestra investigación. Así SIMONIN (medicina legal judicial, pag. 446. Barcelona 1966) da un promedio de un 7/1.000 de muertes rápidas o inmediatas y un 20% de complicaciones, (puesto que habla de aborto criminal, hay que entender que el aborto a que se refiere -- se realiza bajo un régimen legal prohibitivo, es decir, clandestinamente). GIMBERNAT da las siguientes cantidades (Delitos cualificados, por el resultado y relación de causalidad, cit. pag. 173); citando a LANG HINRICHSSEN: 3% de mortalidad y 6'6% de morbilidad; de lo que deduce que el aborto es una actividad peligrosa, pero mucho menos peligrosa que otras intervenciones quirúrgicas. Las cifras dadas por otros textos consultados oscilan -- grandemente, pues el porcentaje depende de si el aborto se efectúa o no en un medio sanitario y por personal capacitado, y del mes de embarazo en que se efectúa (mayores riesgos a partir de la 12ª semana de gestación). (V. INFORMACIONES 21-IV-1973. Páginas técnicas). El Dr. BEDOYA GONZALEZ, de Sevilla, en un coloquio celebrado el año pasado sobre "Problemas médicos y morales en torno al aborto" en la Real Academia de Medicina, daba una tasa de mortalidad de 1 a un 3/100.000 en los países en los que el aborto está legalizado. En el libro -- "Avortement et contraception" publicado en 1971 -- por el Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas, se dan cifras de un 0,5 a un 1/1.000 en los países con una infraestructura sa-

el resultado más grave (lesiones-muerte), será -
muy pequeño y, por lo tanto difícilmente previsi-
ble, por lo que en todos los supuestos podrá --

.... nitaria suficiente, mientras que, más concre-
tamente en los países del Este, en abortos practi-
cados por ginecólogos en un medio quirúrgico y en
el curso de las 8 primeras semanas de embarazo,
se dan índices de mortalidad de un 3/100.000, y -
en Japón, de un 4/100.000 (avortement et contra-
ception. cit. pag. 91). En el fascículo nº 1 de -
la enciclopedia "Medicina y Salud" que trata del
aborto, se dice que la estadística ha demostrado
que la mortalidad por aborto provocado puede llegar
a un 100/1.000 en los abortos ilegales, y a un -
4/1.000 cuando se ha realizado siguiendo las di-
versas prescripciones técnicas.

DER SPIEGEL en su número de Mayo de 1973, nº 21,
(cit. pag. 52) dedicado a la discusión sobre el pá-
rrafo 218, daba una cifra de 17 muertos en 507.000
abortos legales practicados en USA en los dos úl-
timos años, mientras que en la Alemania Federal -
(donde el aborto está penado), el riesgo de muer-
te es de 1/4.000. En Checoslovaquia la mortalidad
por aborto es de 2/100.000 y en Hungría de - - -
1/100.000 (Vida Mundial N. 1863 de 29-V-1975.cit.
pag. 38). Una reciente encuesta realizada en USA,
da un porcentaje de 6 muertos por 73.000 abortos
legales, es decir, de 0,08/1.000 (Time 5-II-1973,
pag. 46). Robert E. Wall, en su libro "Abortion
in a changing World) New York. Vol. II. pag. 131,
New York 1970), (cit. por Jean Mahig en "Dossier
sur l'avortement". pag. 88, Ottawa 1972), da las
siguientes cifras: 3 muertos por 100.000 abortos
practicados en Checoslovaquia (de 1958 a 1967).
De todo este maremagnum de datos se induce que la
operación abortiva realizada con medios adecuados

afirmarse la adecuación. En la segunda hipótesis sin embargo, el peligro latente en la maniobra abortiva es grande y fácilmente advertible, por lo que frecuentemente se hará adecuación de la misma en orden al resultado (adecuación que es aún más patente en el empleo de medios inadecuados para producir el aborto puesto que éstos suelen ser peligrosos y, por ende, adecuados para ocasionar resultados lesivos, e incluso, letales). Concluimos, pues, que no siempre adecuación será compañera de cualificación por el resultado, y que habrá que examinar caso por caso para poder

... y por personas capacitadas tiene un mínimo riesgo, tan mínimo que no tiene porqué ser prevenible, mientras que la situación varía en los países que mantienen la prohibición del aborto, en los que la mayoría de las veces el aborto es practicado por personas no diplomadas, y en condiciones antihigiénicas. CUELLO CALON, citando a BUMM dice que debe contarse con un 1% de mortalidad entre las abortadas, pero hay que tener en cuenta las fechas de la obra de BUMM (Anfhebung des Abtreibungs paragraphen. ZSTW 1922 (25) pags. 182 y 55) y del profesor español citado (Cuestiones penales relativas al aborto, cit. pag. 53). Para una mayor información sobre el tema de los riesgos en el aborto ver CUELLO CALON, Tres Temas penales. cit. pags. 36 y 85. y SUAREZ MONTES, El Consentimiento en las lesiones, cit. pag. 126, - nota 12 (con citas bibliográficas).

afirmar su presencia (y con ello la responsabilidad) o negar su existencia (y con ello la tipicidad del nexo causal) (185).

(185) Con ello ^{nos} declaramos contrarios a aquella concepción que ve en todo delito cualificado por el resultado un auténtico delito de peligro, concepción que expondremos más adelante al tratar de la naturaleza de los delitos cualificados por el resultado y que sustentan, entre otros, KAUFMANN - (Das Schuldprinzip Eine strafrechtlich rechtsphilosophische Untersuchung cit. pags. 240-247 y OEH LER. (Das Erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt). pag. 503 y ss. ZStW 1957, nº 59), y que ya VON KRIES entreveía ("en la acción base de los cualificados se encierra un cierto peligro de producción del resultado típico")(cit. por GIMBER NAT. Delitos cualificados por el resultado. cit. 168). Opinión similar mantiene MAURACH, cuando, al hablar de la tendencia de la jurisprudencia alemana a aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones a los casos de delitos cualificados por el resultado, antes de la Reforma de 1953, - piensa que "en la mayoría de los casos no se impone una agravación injusta al autor, pues la acción básica implica, por regla general, una tendencia a la realización del resultado más grave que motiva, casi siempre, el reproche personal del autor - (salvo en el caso de cursos causales anormales)". (P.G. Tomo I. cit. pag. 232). De comulgar con esta teoría tendríamos que llegar, necesariamente, a la conclusión de que al ser los delitos cualificados por el resultado, tipos especialmente previstos por el legislador en atención al peligro de producción del resultado típico que encierra la acción base, habrá de considerarse siempre adecuada la relación existente entre dicha acción y el

**5º. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL NEXO CAUSAL
EN LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO
Y MAS CONCRETAMENTE, EN LOS CASOS PREVISTOS -
POR EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.**

La importante Sentencia del Tribunal Supremo de 27-VI-1972, que tuvo por ponente a DIAZ PALOS, defensor tenaz de la desaparición de todo resto de responsabilidad por el resultado (186), intro-

... resultado en el que se ha concretado el peligro en ella latente, ya que éste sería siempre -previsible por el común de los hombres, dándose la previsibilidad objetiva requerida para formar el juicio de adecuación. Que esto no es así resulta evidente. Como dice GIMBERNAT (La causalidad... cit. pags. 577-578), " la constatación de que el comportamiento base de los delitos cualificados por el resultado es más peligroso que otras acciones no permite sacar conclusiones de ningún género sobre si es o no imprescindible que exista una causalidad adecuada... la gravedad de las consecuencias causales en los delitos cualificados por el resultado, hace que el legislador, ignorando la excepcionalidad extrema de la producción de la calificación, establezca un concepto de peligro que no corresponde al de la adecuación (previsibilidad del hombre cuidadoso)".

(186) Vid. DIAZ PALOS. La causalidad material en el delito. cit. Del mismo autor: Aborto en Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo II. pgs. 84 a 94. - Barcelona 1950.

duce, por vez primera en lo relativo al aborto - con los resultados previstos en el mencionado párrafo, la teoría causal de la adecuación; que -- "debe ser norte y guía de la interpretación del nexo causal en éste como en parejos delitos cualificados por el resultado", ya que ~~esta Sala tiene~~ ^{no} insistiendo en sus últimas resoluciones en mitigar los excesos a que conduciría una indiscriminada aplicación de la llamada teoría de la -- equivalencia de las condiciones en la apreciación del nexo causal en los delitos cualificados por el resultado, como lo es sin duda el aborto seguido de muerte, tipificado en el último párrafo del art. 411 del Código Penal, bien sea restringiendo la propia relación causal con arreglo a los criterios de adecuación típica (187), bien sea exigiendo que el resultado mortal sea previsible, - (188), bien exigiendo en todo caso que el nexo

(187) Así, en S.T.S. 27-IX-1971: "Bastando que el resultado cualificante se halle en adecuada relación con la inicial conducta para fundamentar la responsabilidad".

(188) Así, en S.T.S. 6-VI-1968: "Debiendo aceptarse que la responsabilidad por el resultado más grave es exigible cuando el curso causal corresponda a la naturaleza propia del delito simple o base, o a las circunstancias en que se perpetró".

nexo causal entre la maniobra abortiva y la muerte o lesiones graves de la mujer sea notorio, es decir, perfectamente conocido y no meramente presumible (189); y es que cuando la ley une a un comportamiento base, en este caso la producción del aborto, un hecho-consecuencia: muerte o lesiones graves de la mujer, lo hace por consideración de los peligros que lleva aparejada aquella inicial conducta, de modo que el tipo así agravado sólo toma en cuenta los resultados característicos, normales y adecuados a la maniobra abortiva (190)".

(189) Así, en S.T.S. de 9-V-1964 y 11-III-1971: "lazo o nexo causal notorio"; "evidente relación de causa e efecto". Como se deduce de las sentencias, supracitadas, el Tribunal Supremo en sus más recientes sentencias, trata, como dice LAN-DROVE (Política criminal del aborto. pag. 17), de mitigar los excesos a que conduciría una indis-criminada aplicación de la teoría de la equiva-lencia de las condiciones en la estimación del nexo causal en estos delitos cualificados por el resultado, aún cuando la línea dominante y direc-triz sigue siendo la de la teoría de la equiva-lencia de las condiciones (vid. en este sentido STS. de 11-II-1975).

(190) No se apreció, en el caso de la sentencia supracitada, nexo causal ya que, cabiendo la po-sibilidad de que la causa de la muerte se debie-se a un factor endógeno cual fué la hipersensibi-lidad de la paciente a determinado antígeno o an-ticuerpo (suministrado por el autor del aborto precisamente para evitar los riesgos de una infec-

No ha sido ésta, por desgracia, la línea unitaria seguida por el Tribunal Supremo sino - que, muy al contrario, en la mayoría de sus fallos, se atiene a la más estricta de la teoría de la equivalencia de las condiciones que (a pesar de haberse pronunciado en algunas ocasiones en el sentido de exigir adecuación para afirmar la responsabilidad), sigue siendo de aplicación en los supuestos de acto inicial ilícito, como una manifestación más del perturbador versari (191).

... ción), que desató la crisis anafiláctico-alérgica "entonces es evidente que tal factor, por su mínima presencia estadística y dificultad de previsión no puede considerarse como ordinario, conforme a la regla de la vida... siendo un verdadero casus exceptum a todas luces situado fuera del curso normal que caracteriza a la causalidad adecuada".

(191) HUERTA FERRER (La relación de causalidad - en la teoría del delito. pag. 315. Madrid 1948) "Concluimos, pues, que el axioma del causa ~~pu~~-sae mantenido por nuestro Tribunal Supremo ha - de ser concebido no como doctrina causal, sino como manifestación del principio del versari in re ilícita".

En estos casos, siguiendo el razonamiento jurisprudencial, a la causalidad material de la acción se une la causalidad jurídica, perfectas - ambas pese a las interferencias que no pudieron tener otra estimativa que la de eventuales con-causas productoras del resultado, no queñido - ciertamente, pero aceptado de modo consciente en la perspectiva del dolo eventual tipificado que el último párrafo del precepto citado consa-gra (192). En la sentencia de 28-XI-1963, en un caso de autóría accesoria, declara el Tribunal Supremo: "cuando varias personas, sin mediar -- acuerdo, concurren en la producción de un resul-tado típico, de modo tal que éste tiene efecto por la suma de los actos de dichas personas, to-das ellas han de reputarse causantes del evento pues, en estos supuestos de "coeficiencia acumu-lada", cada uno de los agentes de por sí, pone una condición que no puede suprimirse mentalmen-te sin que el resultado desaparezca y es, por - lo tanto, causante del efecto típico, sobre to-do si no consta qe los actos de cada uno, sepa-radamente, considerados, eran insuficientes para -

(192) Para la crítica de la confusión entre cau-salidad material y causalidad jurídica. vid. - QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial cit. pags. 664 y 665.

producir el resultado" (193).

Como línea intermedia, podemos citar la que adopta la STS de 6-VI-1968 que dice así: "cabe examinar la cuestión que el recurso suscita bajo el prisma que ofrece la (teoría) de la equivalencia de las condiciones, a base de estimar integrantes de la causa todas las condiciones que -- cooperan a laproducción del resultado y sin cuya intervención no se hubiera producido, bien que mitigando los excesos a que puede conducir la - aplicación de esta tesis en algunos supuestos, - muy particularmente en los delitos cualificados por el resultado, aceptando al efecto la exigencia del presupuesto o requisito de la culpabilidad del sujeto en orden al resultado... debiendo aceptarse que la responsabilidad por el resultado más grave es exigible cuando el curso causal

(193) Aplicación de la teoría de la conditio a supuestos de autoría accesoria. V. MAURACH Parte Especial. cit. pag. 242 y GIMBERNAT (Delitos cualificados por el resultado. cit. pag. 17): "los autores accesorios han obrado dolosamente; pero ¿puede ser considerado cada uno de ellos por sí solo causa del resultado?. Desde el punto de vista de la teoría de la adecuación hay que contestar negativamente: por tanto sólo existe tentativa punible. Para la teoría de la condición la solución correcta es castigar a ambos por aborto consumado".

corresponda a la naturaleza del delito base, o a las circunstancias en que se perpetró".

En resumidas cuentas, puede decirse que el Tribunal Supremo aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones de manera general en todos aquellos supuestos en los que ^{de} un acto inicial ilícito se deriva una consecuencia más grave, es decir, en los delitos de resultado -- preterintencional, en los expresamente tipificados como cualificados por el resultado y en los casos de error no subsumibles, según la interpretación dada por dicho órgano al art. 50, dentro de los márgenes de dicho precepto. En otras ocasiones, y con referencia a tipos no relacionables con el versari, ha aplicado la teoría de la adecuación en sentencias aisladas. En las últimas sentencias parece que el Supremo intenta corregir los excesos de la teoría de la conditio en los delitos cualificados por el resultado, postulando que se exija una adecuación entre éste y la acción básica; sin embargo, no puede aún, por desgracia, afirmarse que tal toma de postura se manifieste como línea unitaria. Por último, el Supremo entiende que se da una ruptura del nexo causal cuando el resultado no puede considerarse consecuencia natural del ac-

to del sujeto, cuando el evento sobreviene "en virtud de cualquier accidente extraño, desligado por algún concepto del acto primero (194)". De lo que haya de entenderse por consecuencia - natural y "accidente extraño" pasamos a tratar a continuación.

62.-INTERRUPCION DEL NEXO CAUSAL

Una cosa es decir que una acción determina da no encierra peligro de producción de un resultado dado, lo cual entraña el calificarla de inadecuada en orden a dicho resultado; y otra - muy distinta es considerar que de hecho si estamos ante una acción peligrosa, que, eventualmente, puede desencadenar el resultado más grave - pero que, a pesar de ser adecuada in abstracto, en el caso concreto el resultado no ha sido una manifestación del peligro latente en la misma, sino que nunca se hubiese producido de no darse determinadas circunstancias distintas y separables de la acción principal. En el primer caso se habla de inexistencia de la relación de causalidad; en el segundo de interrupción de la - misma, a pesar de que algunos autores piensen

(194) Así, en STS de 11-II-1975

que el término implica una contradictio in adiecto (195). Aún cuando una acción sea, per se, idónea - para producir un resultado, no basta con ello afirmar que haya sido causa del mismo pues "si éste se ha verificado por otra vía más lenta, mediante la intervención de circunstancias excepcionales que en el momento de la acción presentaban escasa posibilidad de verificarse, el nexo no subsiste (194).

¿Cuales son esos acontecimientos inesperados que hacen que una acción, adecuada en principio - para producir un resultado no pueda, sin embargo, ser conectada causalmente con éste?. Dice ANTOLISEI, consecuente con su teoría de la causalidad humana: "para la existencia del nexo causal en el sentido del derecho, es necesario que el hombre, con su acción u omisión, haya puesto una condición del evento. Puede ocurrir que ésta se haya verificado por el concurso de hechos excepcionales (rarísimos). Si esto es así, el nexo entre la acción u

(195) MAYER. (Das Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg in Strafrecht. pag. 93. Estrasburgo 1899. "o hay relación causal, y entonces no puede ser, interrumpida, o no la hay y entonces no es que se interrumpa, sino que no existe. Lo único - que puede ser interrumpido es aquel desarrollo que si hubiese llegado a feliz término, habría constituido una relación causal".

(196) ANTOLISEI. Il rapporto de causalità. cit.pag. 119.

omisión y el evento es simplemente ocasional, no bastando para que el evento le pueda ser imputado al sujeto"(197), lo cual no significa sino que, siempre que tales acontecimientos sean de infrecuente aparición (objetivamente imprevisibles), habrá que rechazar la subsistencia del nexo causal. No lo ha entendido así nuestra práctica jurisprudencial que, con su tesis del "accidente extraño", trata de justificar-aparentemente-las soluciones mas diversas y es capaz de adaptarse a los casos más dispares (198), abundando en frecuentísimas contradicciones.

¿Qué entiende el Tribunal Supremo por accidente extraño, susceptible de interrumpir la relación de causalidad?. Algunas sentencias consideraron accidente extraño, excluyente del nexo causal, a "la falta de asistencia y cuidado en la curación, imputable al ofendido"; "el abandono, descuido o imprudencia por parte del herido"; o "la inobservancia del plan curativo por el mismo "circunstancias todas ellas que suponen una agravación del resultado imputable a la conducta dolorosa o culposa de la propia víctima. --

(197) ANTOLISEI. Il rapporto de causalità. cit.pg.241 Para diferenciación de su teoría de la de la causalidad adecuada v. en mismo lugar pag. 235. En el mismo sentido: FINZI: Il problema del rapporto de causalità con riguardo al delitto preterintenzionale. Riv.Pen. Vol. XCV pag. 107. Roma 1922.

(198) GIMBERNAT. Delitos cualificados por el resultado, cit. pag. 91.

(199). La STS de 13-III-1934 enumera los siguientes "accidentes extraños": "el abandono o malicia del -interfecto", "las condiciones fisiológicas particulares del mismo", "la impericia de los facultativos" y "cualquier otro suceso extraño al proceso curativo". Al no tener la noción de accidente extraño con tornos precisos, oscilan las decisiones, no pudiéndose contar con una línea jurisprudencial coherente.

Las concausas (200) que pueden concurrir a la producción de un resultado pueden ser catalogadas, como ya hacía el Código Rocco, en tres categorías distintas: circunstancias preexistentes, concomitantes y sobrevenidas. Veamos si la noción de "accidente extraño" puede serles aplicada a todas y cada una de éstas.

Las circunstancias preexistentes tales como los padecimientos crónicos del ofendido, sus lesiones -orgánicas anteriores o su especialmente débil cons-

(199) Véase abundante jurisprudencia citada por -- HUERTA FERRER. La relación de causalidad. cit. pg. 382

(200) JIMENEZ DE ASUA. Opina que, si se postula la teoría de la equivalencia de las condiciones (que -él estima la más concreta), no puede hablarse de -- concausas ni de interrupción de la cadena etiológica". (V. Tratado III. El delito. 3ª ed. pag. 582. Buenos Aires 1964).

titución física, no son suficientes, según constante dirección jurisprudencial para la negación del nexo causal. Así, la STS de 30-III-1973 notable por romper con la aplicación de la atenuante 9,4ª al homicidio y con la exigencia de arranque lícito en la culpa, dice en lo relativo al problema causal suscitado en la misma: "las condiciones preexistentes... situación ya típica en la problemática causalista, resuelta tanto jurisprudencialmente como doctrinal en el sentido de que tales condiciones previas o simultáneas no excluyen la relación de causalidad" (201).

En la STS de 2-VII-1971, se niega la ruptura del nexo causal en un caso de muerte provocada por lesiones inferidas en el bajo vientre a un sujeto que padecía hernia e insuficiencia mitral, razonando así "si al resultado fatal cooperaron las enfermedades que padecía el agredido, ya se tuvieron en cuenta para atenuar la responsabilidad... existió por tanto una causa desencadenante actuando sobre circunstancias predisponentes, que atendan el dolo pero no lo eliminan"

(201) En el mismo sentido v. STS de 18-VI-1973, - además de las citadas por HUERTA FERRER en la relación de la causalidad cit. pag. 354 y por CORDOBA en los Comentarios al C.P.I. cit. pag. 15, y DIAZ PALOS. La causalidad material cit. pag.--

Sin embargo, a pesar de esta línea, hemos advertido, que en algunas sentencias intimamente relacionadas con el tema objeto de nuestro estudio, el Tribunal Supremo denegó la existencia de nexo causal entre el aborto o las maniobras abortivas y la muerte o lesiones graves de la mujer, por preexistencia de una dolencia de la embarazada que favoreció el advenimiento de tales consecuencias. Citamos por ejemplo, la STS de 14-V-1962: "para la aplicación del párrafo último del art. 411 se requiere que la muerte de la víctima obedezca sin género alguno de duda precisamente a la realización del aborto, pero cuando ocurre, como en el caso presente que surgió otra causa del fallecimiento, cual era el estado de anemia agudo en que la mujer que abortó se hallaba, y que no se ha acreditado que dicho estado fuera determinado por la única vez que la procesada le puso la sonda, teniendo en cuenta, además que transcurrieron 10 días desde la intervención de la procesada hasta que el aborto ocurrió, no existe base sólida para encuadrar el delito en el último párrafo del art.

... 102. MIMENEZ DE ASUA cita como excepción alguna sentencia, como la de 11-IX-1935 en la que se dice que "no constituye homicidio sino lesiones menos graves la muerte del ofendido cuando sobrevino por enfermedad, por completo independiente y sin relación con la herida inferida". (Tratado.III. cit. pag. 637).

411". En la STS de 9-V-1964, se dice, en un caso de muerte de la embarazada por inhibición cardíaca -- (determinada por la emoción y el traumatismo psíquico que le supone la introducción de una cánula de goma unida a una pera para el lavado de sus órganos genitales); "aún cuando pretendiera hallarse una correlación entre la causa originaria (iniciación de las maniobras abortivas) y el resultado -- inesperado de desplomo de la paciente, pérdida de conocimiento y defunción, no es posible ver en este resultado letal una consecuencia directa y no rechazable de las operaciones iniciadas... pudiendo ser no una consecuencia de la intervención de quién pretendía provocar el aborto, sino fruto de la constitucional personalidad psíquica de la embarazada" (202)]. Estas sentencias mencionadas chocan con la concepción mantenida por el Supremo sobre la no interrupción del nexo causal en los casos de padecimientos crónico de la víctima, y no puede verse en ellas más que excepciones a este principio general(203).

(202) Con lo que, en definitiva, se está negando que cualquier condición no suprimible intelectualmente sin que desaparezca el resultado, (como son en este caso las maniobras abortivas) sea causa del mismo, y se está aplicando, implícitamente, la teoría de la causalidad adecuada. En el mismo sentido de la sentencia supracitada v. STS 27-XI-1972.

(203) En la STS de 23-XI-1955 se expresa nuevamente la línea seguida por el Supremo respecto de los pa-

Las circunstancias concomitantes tampoco dan vida a accidentes extraños a la acción; en este - mismo grupo han de encuadrarse las circunstancias que preexisten al hecho, pero que únicamente ejerci tan su eficacia en el momento de la acción (ej. no existencia de facultativos en el lugar de autos) - (204).

En cuanto a las circunstancias sobrevenidas, - algunas son consideradas como verdaderos accidentes extraños ajenos al curso en marcha y, en cambio, - otras muchas no se entienden con categoría suficien te para tal consi^{deración}; la doctrina de este siglo, ^{niega} la responsabilidad del agresor cuando estas son con secuencias de actos maliciosos o imprudentes del - perjudicado (205). Tampoco le son imputables al reo las consecuencias luctuosas originadas por imperi- cia o negligencia de terceras personas.

... decimientos de la víctima, al no estimarse sufi cientes para romper el nexo causal al antiguo proce so pleural ni la anomalía cardíaca de la embarazada que determinaron su muerte al sobre venirle una com plicación pulmonar.

(204) HUERTA FERRER. La relación de causalidad.cit. pag. 355.

(205) JIMENEZ DE ASUA: Tratado. III. cit. pag.637. QUINTANO-GIMBERNAT (Tratado Parte Especial cit.pag. 668-669), considera dudoso que se estimase ruptura del nexo causal y conducta imprudente de la vícti- ma" en tales casos, creyendo que debe interrumpirse desde luego, la causalidad jurídica. CORDOBA. Comen

De todo ésto parece deducirse que el Tribunal Supremo calificará de accidentes extraños (interruptores del nexo causal) aquellos cursos causales que surjan y puedan ser imputable:

1) A tercero, por imprudencia o error (ej.: - muerte de la embarazada como consecuencia de la negligencia de un médico que la atendió por haberle producido la maniobra abortiva una pequeña hemorragia).

2) Al mismo ofendido, cuando su actuación es - dolosa o notoriamente imprudente (206).

7) CONCLUSIONES

I.- La teoría de la "conditio sine qua non" - conduce a resultados insatisfactorios en el caso - de los delitos cualificados por el resultado, en los cuales no se puede aplicar el correctivo de la culpabilidad una vez afirmado el nexo causal entre la acción principal y el resultado más grave.

... tarios. I. cit, pag. 15. crítica que se acuda a la noción de voluntad o intención del autor o de los sujetos interpuestos en el nexo causal para determinar si se ha producido o no una interrupción o desbordamiento del mismo. En el mismo sentido v. ANTOLISEI. Il rapporto di causalità. cit. pag. 269. "No se debe tener en cuenta si la acción sobrevenida es dolosa, culposa o simplemente autónoma, sino solamente si presenta carácter de verdadera excepcionalidad respecto de la primera".

II.- En el último párrafo del artículo 411 se encierran tres modalidades de lo que no es sino una calificación por el resultado; le es aplicable, por lo tanto, lo afirmado en el anterior párrafo.

III.- Para cumplir con las exigencias mínimas del principio de culpabilidad la teoría correcta, en tales casos, es la de la causalidad adecuada (207) ya que, basándose ésta sobre el juicio objetivo de probabilidad, implica la posibilidad de previsión - por parte del sujeto del resultado último; lo cual significa que siempre se dará en el autor de la acción básica al menos una culpa sin representación - respecto de dicho resultado, con lo que queda paliada la imposibilidad de recurrir al juicio de culpabilidad para negar la responsabilidad. En aquellos casos en los que el resultado fuera imprevisible para el hombre común, la responsabilidad queda rechazada a base de descartar la existencia de un nexo causal.

IV.- No puede afirmarse, sin más, que en todo delito cualificado por el resultado exista, en la acción básica, un peligro tan manifiesto de adveni-

(206) HUERTA FERRER. La relación de causalidad cit. pag. 363. JIMENEZ DE ASUA. Tratado.III. cit.pag.639.

(207) COBO. Praeterintentionem y principio de culpabilidad. ADPCP 1965. pg. 85.

miento del resultado más grave, que no pueda dejar de serle previsible al sujeto, razón por la que el legislador ha creado la cualificación. Esta tesis nos llevaría a afirmar que en todo supuesto de aborto hay un peligro de muerte o lesiones graves para la embarazada, lo que no siempre es cierto; y, lo que es aún más absurdo, nos llevaría a la conclusión de que en todo delito cualificado por el resultado se da una relación causal adecuada entre la acción y el resultado mas grave, ya que, el peligro latente en aquella hace que éste sea siempre objetivamente previsible, y por ende, reprochable. Con -- ello caerían por tierra todos los esfuerzos doctrinales que motivaron la aparición de la teoría de la adecuación como limitación de la responsabilidad en los casos de cualificación por el resultado, ya que la exigencia de previsibilidad sería, sustituida -- por una ficción de culpa.

V.- A veces el resultado más grave es provocado por toda una serie de factores que no radican en la acción del sujeto sino en una cadena de acontecimientos extraños a la misma. Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, se dará, en estos casos nexo causal, Según la teoría de la adecuación (que, siguiendo a la doctrina dominante, consideramos la única aplicable en el caso de delitos cuali-

cados por el resultado), habrá que negar el nexo - cuando no se pueda contar (impresisibilidad) con la producción de tal resultado. En los supuestos en - que se dan circunstancias preexistentes, concomitantes o sobrevenidas del todo excepcionales, es decir, imprevisibles para el sujeto normal y desconocidas por el autor de la acción básica, no se dará causalidad adecuada, por lo que criticamos las anteriormente expuestas, doctrina jurisprudencial en este - punto y postulamos la negación (ya que el término interrupción no es correcto) de la relación causal en todos los supuestos contemplados, siempre que, - por su excepcionalidad, fueran objetivamente imprevisibles (ej.: en un aborto técnicamente perfecto, la mujer muere por intoxicación producida por los antibióticos suministrados por el médico para evitar, precisamente, derivaciones infecciosas).

VI.- En resumen, negamos la relación causal, por considerar que la acción básica (aborto) no es adecuada para producir el resultado (muerte-lesiones graves) en los siguientes casos:

a) Cuando el aborto fuese realizado por un médico, según la lege artis, y en condiciones higiénicas normales. Si la muerte o las lesiones sobrevienen a pesar de todo, será debido a acontecimientos imprevisibles que no pueden fundamentar el nexo

causal. A sensu contrario pensamos que el aborto - practicado por una persona no capacitada y en condiciones antihigiénicas encierra un peligro grave y - previsible de producción de consecuencias lesivas e incluso letales, por lo que, en tales casos, habrá que afirmar la adecuación, salvo que el resultado no sea manifestante del peligro latente en el aborto, y si consecuencia de circunstancias excepcionales: ej. Suicidio posterior de la mujer -- abortada (208).

b) Cuando se den circunstancias extraordinarias e imprevisibles, ya sean preexistentes (enfermedad de la embarazada no conocida por el autor del aborto), concomitantes o sobrevenidas (imprudencia de la víctima o de un tercero).

(208) PANNAIN. (Manuale. Parte Speciale. cit. pag. 571. Aborto. Nuovo Digesto cit. pag. 85). niega la relación causal en estos casos, por estimar que el suicidio se presenta como un hecho autónomo y que la muerte debe derivarse del proceso patológico. -- VANNINI, por el contrario, cree que la muerte de la mujer entra a formar parte del tipo del 549 (similar a nuestro párrafo estudiado) en el caso de suicidio de la mujer como consecuencia del dolor producido - por un aborto sobre ella realizado, sin su consentimiento (Quid iuris. vol. V. cit. pag. 56). Partiendo de la teoría de la conditio esto podría mantenerse, pero desde la aquí definida teoría de la adecuación resulta, desde luego, insostenible (v. QUINTANO-GIM BERNAT. Tratado. Parte Especial. cit. pag. 669).

Por el contrario, habremos de afirmar la adecuación y, por lo tanto, la responsabilidad, normalmente en las hipótesis de tentativa inidónea de aborto ya -- que los medios inadecuados para producir el mismo, pueden ser perfectamente adecuados para producir le siones o muerte (más adecuados para lo primero que para lo segundo, por lo que la muerte, a veces, podrá ser imprevisible), siempre que estas consecuencias se deban al empleo de dichos medios y no a cir cunstancias excepcionales.

Hemos de advertir, por último, que todas estas conclusiones son intentos de corregir, de lege data, la responsabilidad objetiva inserta en el art. 411 párrafo último. En un próximo capítulo pasaremos, - de lege ferenda, a la defensa de la eliminación de dicho párrafo y de su sustitución por otro en el que a la manera del Código de 1932, se contemple una - exigencia de culpa con respecto del resultado más grave (o bien se acuda, sin más, a la aplicación - del artículo 565, calificado de concurso de delito doloso y culposo).

B) CONDUCTAS COMPRENDIDAS EN EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.

Una vez analizado el significado de la expresión "a consecuencia de " a través del estudio de la rela

ción de causalidad, así como el significado objetivo del término "resultare", hemos de pasar a tratar de la voz "aborto" inserta a continuación en la estructura gramatical del tipo. Ya estudiamos en otro lugar lo que ha de entenderse por aborto, cuando -- pretendíamos dar un concepto del mismo; no es pues tarea actual repetir lo ya dicho, sino matizar el -- concepto ofrecido. Cuando la Ley se refiere al aborto:

12. ¿Ha de entenderse que dicho aborto ha de haber sido efectuado, es decir, que está consumado? o bien,

22. ¿Cabe entender dentro del término también las formas imperfectas de ejecución? (que, de no -- estar comprendidas en el tipo, darían lugar a planteamientos concursales en el caso de resultados letales o lesivos) (209).

(209) El hecho de subsumir la tentativa de aborto con resultado de muerte o lesiones graves dentro -- del tipo previsto en el último párrafo del artículo 411 no implica toma de postura respecto del problema de si es o no posible la tentativa de un delito cualificado por el resultado. Para un correcto -- planteamiento del problema. vid. ULSENHEIMER (zur Problematik des Versuchs Erfolgsqualifizierten Delikts. G.A. 1966, págs. 271 y 272), para quien es posible una tentativa de delito cualificado por el resultado siempre que, estando el delito base en grado de tentativa, y habiéndose producido el resultado

1. TENTATIVA DE ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE-LESIONES GRAVES COMO HIPOTESIS COMPRENDIDA EN EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.

Aún aceptado que una interpretación estrictamente gramatical abogaría por la primera de las soluciones (21o), interpretación que estaríamos inclinados a seguir por suponer una limitación al tipo, de las que escasean "de lege data" sin embargo un examen mas detenido de todo el precepto nos hace optar por la segunda, en base a dos tipos de consideraciones.

... más graves por imprudencia (no olvidemos la existencia del §56), dicho resultado consiste en la realización del peligro específico contenido en el tipo del delito base. MAURACH, por su parte, considera -- que si la agravación está conectada no a la acción en sentido de actuación volitiva, sino al resultado del tipo básico, la tentativa de delito cualificado por el resultado es imposible (P.G. cit. Tomo II. pg 183). en el mismo sentido. vid. SCHONKE-SCHODER. - Strafrechtsgesetzbuch Kommentar. cit. pag. Sin embargo esta discusión no tiene relevancia en nuestro derecho, en cuanto que "el resultado no querido cualificante es el que caracteriza el tipo que expresa el disvalor jurídico, apareciendo evidente que, a los fines del tratamiento punitivo, es indiferente que el delito base esté consumado o únicamente tentado" (CONCAS. Delitti dolosi aggravati da un evento non voluto e tentativo. Rivista italiana di diritto e - procedura penale 1969, pag. 818).

(21o) Así, RODRIGUEZ DEVESA en ANTON ONECA; RODRIGUEZ MUÑOZ, JASO, RODRIGUEZ DEVESA. cit. pag. 245.

1º. En primer lugar porque si a continuación se habla de tentativa inidónea e incluso de delito imposible siempre que se dé un resultado de muerte o lesiones, y teniendo en cuenta que son éstas formas degradadas de la tentativa sería absurdo penar más severamente lo menos que lo más, dando lugar la tentativa imposible a una responsabilidad por el resultado y no sucediendo lo propio con la tentativa idónea.

2º. Pero es que además, aplicando las reglas del concurso ideal ("un sólo hecho constituye dos o más delitos"), habría que castigar al autor por tentativa de aborto (arresto mayor o prisión menor, según hubiese o no consentimiento de la embarazada; teniendo en cuenta que puede bajarse la pena hasta 2 grados según el art. 72,1, resultando entonces multa) en concurso ideal con homicidio doloso (siempre que el Tribunal Supremo se empeñase en su exigencia de arranque lícito en la culpa, que hoy parece felizmente superada en recientes sentencias de 17-XII-1958 y 17-XII-1964). Según el artículo 71; habría - que aplicar la pena correspondiente al delito más - grave en su grado máximo: resultando así la paradoja de que al sujeto activo, caso de muerte de la mujer, le interesase más que el aborto se consuma (reclusión menor por aplicación del último párrafo del

artículo 411) que quede en el estado de tentativa (reclusión menor en grado máximo a tenor del artículo 71). Claro que frente a ésto, podría optarse por una de las tres soluciones siguientes:

A) Calificar la muerte de la mujer de homicidio culposo, la pena sería entonces de prisión menor en su grado máximo conforme al artículo 565 en relación con el artículo 71.

B) Calificar la muerte de la mujer de homicidio doloso, aplicando la atenuante 4ª del artículo 92. Ello representaría una solución técnicamente incorrecta puesto que entre el mal que se quería causar (aborto) y el efectivamente causado (muerte de la mujer) no se da progresión sino desviación, caso de aceptar esta vía, la pena resultante sería; aplicando la regla 5ª del artículo 61, la de prisión mayor (o menor si se bajan dos grados) en su grado máximo artículo 71.

C) Más correcta que la anterior sería la aplicación del artículo 50 del Código Penal, puesto que únicamente se produce un resultado, el de la muerte de la mujer, quedando el aborto sin consumar, y éste constituye delito distinto del propuesto (211);

(211) Requisitos ambos de aplicación del art. 30. Vid RODRIGUEZ MOURULLO en Comentarios al Código Penal español. cit. Tomo II. pag. 208-211.

sin que pueda alegarse en contra la teoría del Tribunal Supremo según la cual el delito no sólo ha de ser distinto sino recaer en personas distintas cuando de delitos contra la vida e integridad corporal se trate/(212). La pena en este caso sería la del delito de menor gravedad (tentativa de aborto) en su grado máximo, resultando, de la conjunción de los artículos 411, 1º y 2º, 52,1 y 50 las penas siguientes: Prisión menor o ~~arresto~~ mayor en su grado máximo (aborto no consentido) y arresto mayor o multa en su grado máximo (aborto consentido).

Como se verá, en cualquiera de los tres casos, la pena resultante es muy inferior a la que se debería de aplicar, el último párrafo del artículo 411, con lo que esta segunda consideración queda desvirtuada a la hora de defender la inclusión en el tipo del párrafo último del artículo 411, ^{de} la tentativa de aborto.

La opinión doctrinal mayoritaria se inclina por la interpretación amplia del término "aborto", de forma que en el mismo quede incluida la tentativa -

(212) Exigencia que, según RODRIGUEZ DEVESA (Parte General. cit. pag. 537) no tiene "fundamento en la ley".

(213), con algunas voces discrepantes que se atienen al estricto sentido gramatical del término (214). --

(213) Así: ALTAVILLA. Delitti contro la persona. cit. pag. 326. RODRIGUEZ DEVESA. En Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Jaso y Rodríguez Devesa, parte Especial. cit. pg. 245, BIANCHEDI. "Considerazioni sul delitto di procurato aborto". (Incrimabilità del tentativo). Riv. Pen. 1967, Vol. CVI. pag. 524, nota 1ª. JANITTI PIROMALLO. Il Codice Penale commentato e illustrato Vol. III, T.X. cit. pags. 153-157. I Codici Penali con la costituzione e leggi varie LATANZI. 5ª ed. pag. 691. Milano 1968. LEONE. Il reato aberrante. pg. 130, Napoli 1964. POZZATO. Aborto criminoso con morte della gestante. Giust. Pen. 1952. T. I. col. 53. (citando sentencia de la Corte Casación de 8-III-1951). QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado Parte Especial. - cit. pag. 669. RODRIGUEZ DEVESA. Parte Especial pr. 82. DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas. cit. pag. 367. SANTORO. Manuale. Parte Speciale, pag. 132. SEVERINO. Codice Penal pag. 446. commentato. VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 516 (citando jurisprudencia de cass. 13-III-1935. Giust. Pen. 1935. Tomo III. pag. 1548) y 7-V-1937 (annali dir Pen 1938, pag. 979). De acuerdo con que la hipótesis entra dentro del tipo MANZINI (tratado VII. cit. pag. 592), pero luego, en contra de la sentencia cas. 8-III-1961, alega que la pena prevista ha de rebajarse en base a que el delito está en grado de tentativa (v. L'aggravante de la morte della gestante nei delitti di aborto. Giurisprudenza completa della Corte. Suprema di Cassazione. pag. 31. T. I. 1951. También de acuerdo CONTIERI (Nuevo Dig. cit. pag. 1.193), aunque por distintos motivos ya que el entiende que el aborto se consuma con la interrupción de la gestación, por lo que aún cuando el feto sobreviva, el aborto está ya perfecto, no presentándose el problema aquí cuestionado.

(214) Así: VANNINI. Quid iuris vol V. cit. pags. 58-59

En cuanto a la jurisprudencia, es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 20-XII-1960, en la que la embarazada fallece a consecuencia de maniobras abortivas que le provocaron por reflejo inhibitorio un colapso cardíaco del que no se repuso, sin llegar a producirse el aborto, quedándole el feto en el claustro materno, dónde se encontró al realizarse la exhumación y autopsia del cadáver. En el segundo considerando dice esta sentencia que "como se siguió la muerte, por consecuencia de las maniobras abortivas, es preciso acudir, al último párrafo del artículo 411, y de los tres orígenes del resultado muerte o lesiones a que alude, seleccionar el primero o sea el de aborto provocador de muerte, y ello porque en términos generales, según la doctrina de esta Sala, legalmente constituye aborto o la anticipada y violenta expulsión del feto del claustro materno o la destrucción de la vida intrauterina

.... PANNAIN. Manuale. Parte Speciale. cit. pag. 569 SABATTINI. Istituzioni di Diritto Penale. Parte Speciale. vol. II. 3ª ed. cit. pag. 88. RANIERI (Manuale. vol I. cit. pag. 282. Padua 1956), nota nº 3) cree que el caso "debería ser reconducido a la disciplina de los artículos 83 y 583, no pudiendo aplicarse el art. 549 que supone que el delito previsto en los artículos 545 y 546 (todos del Código Penal Italiano) esté consumado y no en grado de tentativa"

de aquel y en todo caso de muerte de la madre hay aborto legal, pues también concluye necesariamente la vida del feto". En el mismo sentido, la sentencia 31-XII-1968 considera "no era imprescindible - que el aborto se llegara a producir, bastando que las maniobras abortivas produjeran las perforaciones del útero, la peritonitis y acarrearán la muerte, para que los hechos hayan sido correctamente incardinados en el precepto y párrafo citado (artículo 411, último párrafo).

Deducimos en consecuencia que la tentativa de aborto con resultado de muerte de la embarazada - queda incluida en el último párrafo del artículo - 411, siendo punible. En definitiva, si muere la embarazada, muere también el feto siendo indiferente que la muerte de éste se produzca en un momento posterior. Mayores dificultades presentaría la hipótesis de causación de lesiones graves a consecuencia de manipulaciones abortivas, sobreviviendo el feto; en tal caso no se habría producido aborto alguno, atendiendo al concepto técnico legal del aborto, y si unas lesiones, que pareciendo lógico destruir el complejo y calificar los hechos como tentativa de aborto en concurso con lesiones graves dolosas (215)

(215) O lesiones culposas, si superamos la exigencia jurisprudencial del arranque lícito en la culpa.

Sin embargo, dada la paridad con que la ley valora los resultados muerte-lesiones graves, parece que la solución que demos para lo uno habrá de ser también para lo otro. Así pues, también la tentativa de aborto con lesiones graves es inculminable según el párrafo último del art. 411.

2. CONSUMACION DE LAS HIPOTESIS PREVISTAS EN EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.

Muy relacionado con lo anterior está el tema del momento de la consumación del tipo previsto en el último párrafo del artículo 411. ¿Se produce ésta en el mismo momento en que sobreviene la muerte o las lesiones graves de la madre, o hay que esperar a que se produzca la muerte del feto?. Es evidente que, si antes decíamos que dentro del término "aborto", había que comprender también la tentativa de aborto, en la que falta por definición la muerte del feto, el tipo quedará consumado aún no produciéndose el mencionado resultado, siendo decisiva la efectiva producción de la muerte o las lesiones graves (216).

(216) En este sentido vid. ALTAVILLA. Delitti contra la persona cit. pag. 330. VISCO L'aborto criminoso. cit. pag. 379. SABATINI. Istituzioni. cit. pag. 87 QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado, Parte Especial. cit. - pag. 669. SANTORO. Manuale. Parte Speciale. cit. pag.

Esta afirmación viene a solucionar la incriminación de un caso dudoso: el de la muerte del feto a consecuencia de la muerte de la madre que, a su -

... 130; LATANZI. I Codici Penale. cit. pag. 691. En contra: PANNAIN. Manuale. Parte Speciale, cit. pag. 566: "el momento consumativo vendrá dado por la realización de todo ^{e1} evento, y se identificará con la muerte de la mujer, si se verifica la última, o con la destrucción del feto si ésta como se puede suceder, es sucesiva a aquella". Esta opinión es congruente con la tesis de este autor de que hay que descartar la aplicación del artículo 549 en el caso de tentativa de aborto, con lo que no hace sino exigir en todo caso, aborto consumado (antes o después) más muerte o lesiones. VANNINI. Quid iuris. vol V. cit. pag. 67), también congruente, opina que "el delito se consuma cuando la muerte o las lesiones -- sean sucesivas al aborto, en el momento en el que se produce el evento lesivo o letal. SABATINI. sin embargo, se contradice pues, tras afirmar que en el artículo 549 no cabe otra hipótesis que la del delito consumado, sin embargo dice que "el momento consumativo (del 549) coincide con la verificación de la muerte o lesiones de la mujer" que es tanto como decir que no es necesario que en el 549 partamos de la base de un aborto consumado. También CONTIERI -- Nuovo Digesto cit. pag. 1.194), aunque por distintas razones, ya que como vimos en la nota 213, considera que "el momento de consumación del artículo 549 y (del aborto en general), es aquel en que se verifica la interrupción del embarazo" y no aquel en que se producen la muerte o las lesiones de la mujer".

fue ocasionado por la práctica de maniobras abortivas inidóneas para producir el aborto, pero idóneas para causar un resultado letal. El tipo habla de "a consecuencia de aborto", siendo así que no se ha producido aborto alguno, sino que éste se da "a consecuencia" precisamente de la consecuencia legalmente prevista. En puridad, pues, no cabría insertarlo dentro del primero de los tipos previstos en el artículo 411 ("cuando a consecuencia del aborto") sino entendiéndolo como "a consecuencia de maniobras abortivas", es decir, en sentido amplio y no en el de aborto consumado; pero además cabe comprenderlo dentro de "medios inadecuados para producir el "aborto" pues es evidente que, siendo éstos adecuados para acarrear consecuencias letales o lesivas, como lo demuestra el que de hecho éstas se hayan producido, cumplen el tipo, sin necesidad de que sean adecuados para producir el aborto, (aún cuando éste, posteriormente, se dé como consecuencia de la muerte o de las lesiones inferidas a la embarazada) -- (217). Claro que todo esto es válido siempre que la

(217) En contra de que la muerte del feto es consecuencia de la muerte de la madre entre dentro del - 549 (o del párrafo último del art. 411): PANNAIN, (aborto. Nuovo Dig. cit. pag. 85). "Si los actos -- ejecutados sobre la mujer eran idóneos para producir las lesiones o la muerte, pero inidóneos para el - aborto no se puede aplicar al 549 en cuanto que el aborto se presenta como delito imposible".

muerte de la embarazada no haya sido el resultado perseguido por el agente; pues, si lo fuera, habría homicidio doloso, en concurso, si es que se conocía el estado de embarazo de la mujer, con aborto (218)

Por otra parte, si la muerte de la madre obedece a un proceso causal del todo independiente de las maniobras abortivas, está claro que no puede darse el tipo por falta de nexo causal entre éstas y aquellas; la calificación, entonces, sería la siguiente: Tentativa de aborto, muerte-embarazada no imputable por falta de nexo causal. Muerte del feto relacionada causalmente con la muerte de la madre, pero causalmente desvinculada del acto inicial abortivo (219). Calificación paradójica en cuanto que, a pesar de darse realmente la muerte del feto, ha de mantenerse la incriminación a título de tentativa.

Una última matización antes de tocar el segundo de los tipos previstos en la norma analizada: -- ¿Ha de entenderse implícita dentro del término -- aborto, toda operación destinada a suprimir el fruto de la concepción?.

(218) VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 512.

(219) SABATINI. Istituzioni. Vol. II. cit. pag. 82. -- VANNINI (Quid iuris. cit. pag. 24), citando sentencia Cass. 20-I-1937. Giust. Pen. 1937. Vol. II. pag. 1099)

3. LA CUESTION DE LA LICITUD DEL ABORTO TERAPEUTICO

Es opinión mayoritariamente acogida por nuestra doctrina la de que el aborto terapéutico es impune, por concurrir en este supuesto la eximente de estado de necesidad (220).

Por aborto terapéutico se entiende la interrupción del embarazo para salvar la vida de la madre, o para evitar un riesgo de producción de un daño grave a su salud (221).

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico-penal suizo, en el que el aborto terapéutico está expresamente tipificado (artículo 120 del Código Penal helvético) y exento de punición, (222).

(220) Así, entre otros: CUELLO CALON, Derecho Penal Parte Especial. T.II. pag. 449. Barcelona 1967; LAN DROVE. Política criminal del aborto.cit.pag.60; MUNOZ CONDE. Derecho Penal.Parte Especial.Vol I.cit.pag.73 QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial.To. mo I. Vol. I.cit.pag.575; RODRIGUEZ DEVESA.Parte Especial. cit.pag.79; DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas.cit.pag. 340.

(221) Así: MEZGER-BLEI. Strafrecht.II.cit.pag.84; - MAURACH. B.T. cit. pag. 61; WELZEL. Das Deutsche - Strafrecht.cit. 11ª Aufl.cit. pag. 301; KOHLRAUSCH LUNGE. Straffgesetzbuch.cit.pag.486; SCHONKE-SCHRODER Straffgesetzbuch. Kommentar.cit.pag.1.154. LEIPZIGER KOMMENTAR. Straffgesetzbuch.cit. pag. 14.

(222) Los autores suizos coinciden en afirmar que la necesidad que está en la base del artículo 120 es un

nuestro Código penal no tipifica tal hipótesis ni hace mención alguna de su impunidad, por lo que, para llegar a la exención de responsabilidad, no hay otro recurso que el de la aplicación de la -- circunstancia 7ª del artículo 8º, a la manera que lo hacen alemanes e italianos (223).

Puesto que ha de recurrirse a la eximente de estado de necesidad, los requisitos que han de concurrir para que pueda hablarse de aborto necesario impune son los enumerados en dicho eximente: que - se obre impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno, que el mal causado - no sea mayor que el que se trata de evitar, que la

.... concepto mas restringido que el del estado de necesidad, recogido en el artículo 34 del Código - Penal helvético. Así, HAFTER dice, que "solamente un peligro inmediato para la vida o para la salud permite al médico actuar. Otras situaciones de necesidad no son reconocidas por la ley como suficientes para dejar libre de pena la interrupción del - embarazo" (Schweizerisches Strafrecht. B.T. cit.pg 82). Vid. en el mismo sentido: LOGOZ. Commentaires. cit. pag. 57.

(223) En la República Federal Alemana, antes de la creación del art. 54 (actual & 34) más concretamente, en aquellos Lands en los que ya no estaban vigentes la "Gesetz zur Verhütung erkrankter Nachwuchses" de 14-XII-1933 (de clara inspiración nazi), la hipótesis planteada se justificaba a través del estado de necesidad suprallegal, cuyos requisitos mínimos -

situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La jurisprudencia ha matizado estas exigencias legales, en lo tocante al peligro de producción de un mal, estimando que el peligro ha de ser inminente, y el mal grave (224). Ahora bien, contrados ya en el tema del aborto terapéutico o necesario, ¿qué ha de entenderse por mal grave?.

Es evidente que entrará dentro de esta concepción el peligro de muerte para la embarazada, - caso de no interrumpirse el proceso gravídico (225)

... eran los contenidos en dicha ley. Era esta un interpretación jurisprudencial surgida de la tópica (vid. E. Schmidt. "La ley y los jueces. Valores positivos y negativos del positivismo". en Derecho injusto y Derecho nulo. pag. 55. Trad. por RODRIGUEZ PANIAGUA. Madrid 1971), y basada en la valoración estimativa de los bienes en conflicto. Esta interpretación es innecesaria hoy en día merced a la actual redacción del § 218.II. (vid. infra. nota 228)

(224) CORDOBA RODA. Comentarios. I. cit. pag. 276.

(225) Los autores alemanes consideran incluible dentro del concepto de "peligro para la vida" las amenazas de suicidio por parte de la embarazada, de no serle interrumpido el embarazo no deseado: vid. -- MEZGER-BLEY. Strafrecht. II. cit. pag. 34; MAURACH B.T. cit. pag. 61; SCHONKE-CHERODER. Strafgesetzbuch Kommentar. cit. pag. 1.154; LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 15.

y el peligro de lesiones graves que por idéntica causa pudieran sobrevenirle (tanto físicas como psíquicas) (226), que no sean normalmente inherentes a toda gestación.

(226). También el peligro grave de lesiones psíquicas es motivo de apreciación de un estado de necesidad justificante del aborto, puesto que el término "integridad" de la madre es lo suficientemente amplio como para abarcar tanto la salud física como la mental (así lo estima la D.N.S. que define la salud (sinónimo de integridad) como "un estado de completo bienestar físico, mental y social), y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Ocurre, sin embargo, que se ha abusado de esta posibilidad, alegando, para poder legalizar la interrupción de un embarazo, toda una serie de argumentaciones pseudo-freudianas, pretendiendo así justificar operaciones abortivas que, *strictu sensu*, no eran necesarias (vid. sobre el tema: GRAVEN. L'avor tement licite. *Révue penale suisse*. pags. 36 y ss. 1952).

De otro lado, el límite de daños presentes, ocasionados por la continuación del embarazo, que pudieran ser cubiertos por el estado de necesidad ha de ser valorado en relación con el primero de los requisitos del mismo: "que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar". Todo peligro de daño causalmente inferior al mal de la destrucción del feto (ej.: lesiones menos graves) no justificará la realización del aborto y, por ende, descartará la aplicación de la eximente caso de que la acción abortiva se lleva a cabo. En definitiva, es el juez quién, atendidas todas las circunstancias del caso concreto, debe valorar cual de los intereses en conflicto es el preponderante.

Ahora bien, ¿cuales son los requisitos necesarios para poder hablar de aborto terapéutico?

La dogmática alemana, a la vista de lo ordenado por la "Gesetz zur Vertütung erbranken Nachwuchses" de 14 de Julio de 1933 (que les sirve de pauta), elabora los siguientes requisitos para poder justificar el aborto realizado por indicación médica:

1) Existencia de un peligro grave para la vida o para la salud de la embarazada.

2) Que el aborto sea el único medio para evitar dicho peligro.

3) Que la operación abortiva sea llevada a cabo por un médico y según la "lex artis". (227).

4) Que la embarazada haya otorgado su consentimiento para la operación (228).

(227) Este requisito supone que, si un profano acomete la operación abortiva para descartar el peligro inminente y grave para la vida o la salud de la embarazada (peligro inevitable de otra forma), no podrá justificar su conducta a través de la exigente de estado de necesidad. No puede éste ser el sentido de la ley, y si el de tratar de evitar que el juicio de peligro sea emitido por individuos no facultados para poder apreciarlo. Creemos, por lo tanto, que si un profano realiza una intervención abortiva en una situación de peligro inminente y grave para la vida o la salud de la embarazada, por no haber podido encontrar un médico que lleve a cabo la necesaria opera-

Sin embargo, los mencionados requisitos carecen de valor en aquellas legislaciones que, como

... ción su acción es impune (vid. en el mismo sentido: MEZGER-BLEI. Strafrecht. II. cit. pag. 34. + MAURACH. B.T. cit. pag. 61; KOHLRAUSCH-LANGE. Strafgesetzbuch. cit. pag. 487; SCHONKE-SCHRODER. Strafgesetzbuch. Kommentar. cit. pag. 1.154; LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 16).

La mencionada exigencia de práctica del aborto terapéutico por un facultativo no se tiene en cuenta por aquellas legislaciones que no la tienen incluida entre los requisitos de la eximente de estado de necesidad.

(228) Así, entre otros: LOGOZ. Commentaires. cit. - pag. 38; STRATENWERK. Schweizerisches Strafrecht. B.T. cit. pag. 46 (la postura de estos dos autores es lógica si se tiene en cuenta que el artículo 120 del Código Penal suizo requiere el consentimiento - de la embarazada); resulta mas chocante que algunos autores alemanes exijan que se dé este requisito, - pues el artículo regulador del estado de necesidad (§24) nada dice al respecto, como tampoco lo decía el §218 hasta la fecha muy reciente (la regulación provisional del aborto emanada de la sentencia del Tribunal constitucional de 25 de febrero de 1975, exige el consentimiento de la embarazada para la licitud del aborto terapéutico, en su redacción del §218, apartado II. 3 vid. Beck-Texte. StGB-Vergleich contraportada. München 1975). Por ello no podemos entender que, en fecha anterior a la expresión legal de este requisito, la doctrina lo considerara ya imprescindible para eximir de responsabilidad penal los casos de aborto necesario; vid. en este sentido MEZGER-BLEI. Strafrecht. II. cit. pag. 34. MAURACH B.T. cit. pag. 58. (2n algunos casos puede presumirse el consentimiento"); KOHLRAUSCH-LANGE. Strafgesetzbuch. cit. pag. 486; SCHONKE-SCHRODER. Strafgesetzbuch

La muestra, justifiquen el aborto terapeutico a través de la aplicación de la eximente de estado de necesidad. Los requisitos a tener en cuenta son, en cambio los contenidos en el texto de dicha eximente.

... Kommentar. cit. pg. 1154 ("Sin el consentimiento, la acción únicamente es lícita cuando no puede ser aplazada sin un grave peligro para la madre") LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pg. 17. (Si el consentimiento no puede ser obtenido o la embarazada carece de representación acerca del significado y del alcance de la acción, hay que conseguir el consentimiento de su representante legal o de su cuidador").

En contra de que el consentimiento sea necesario para poder apreciar la eximente de estado de necesidad como requisito, en base a que no está expresamente previsto como requisito de dicha eximente: SABATTINI. Stato di necessità e dolo in tema di aborto procurato. Rivista Penale. pgs. 314, cit 1935. (Cuando el aborto sea el único medio para salvar la vida de la mujer, el hecho no pierde su licitud jurídica aún cuando ésta no consienta en la intervención, dado el principio superior de la indisponibilidad de la propia vida"); ZUCCALA. Aborto. cit. pgs. 136; por el contrario, opina VANNINI que el aborto terapéutico realizado sin el consentimiento de la mujer es punible a tenor del artículo 545, que prevé la hipótesis de aborto no consentido (quid iuris, vol V. cit. pag. 29), DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO, por su parte consideran, en contra de la opinión de CUELLO CALON, que por tratarse en este caso de una auténtica causa de justificación "por encima del principio de la ausencia del interés... opera, en todo caso, el principio del interés preponderante. Por eso, en punto a la exención por estado de necesidad, resulta indiferente el consentimiento de la mujer. El que ha sacrificado la vida del feto a la vida de la mujer, sin el consen-

El "de que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar" queda cumplido en los supuestos de aborto necesario, ya que el mal "destrucción del feto" es inferior al mal "peligro para la vida de la madre", habida cuenta que, en nuestro Código, la vida humana independiente prima sobre la vida fetal - dependiente. Estaríamos, en este caso, ante un conflicto de bienes de desigual valor (229).

El problema surge cuando el mal que se intenta evitar es el peligro de lesiones (físicas o psíquicas) para la embarazada, caso de no interrumpirse - el proceso gravídico. Y ello porque, si nos atenemos al orden seguido por nuestro Código Penal en cuanto a los delitos contra las personas (de mayor o menor gravedad), la integridad corporal y psíquica aparece como bien jurídico de menor entidad que el de la vida fetal (esperanza de vida humana). Ya dijimos en

.... timiento de ésta, ha sacrificado, en definitiva, un bien en aras de otro, que para el derecho positivo tiene más valor y, en consecuencia, ha obrado - también conforme a derecho" (Delitos contra las personas, cit. pag. 341).

(229) Así: QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. Tomo I. Vol. I. cit. pag. 578; DEL ROSAL COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas. cit. pag. 340; RODRIGUEZ DEvesa. Parte Especial cit. pag. 79; del mismo autor, vid. Parte General - pag. 490, Madrid. 1973. MUÑOZ CONDE. Parte Especial cit. pag. 73.

otro lugar, y reiteramos aquí, que, sistemáticamente hablando, el aborto no debería estar incluido en el Título dedicado a los delitos contra las personas, puesto que el feto no goza de tal cualidad. Entendemos que, a pesar de esta posible interpretación sistemática, cabe otra de tipo teleológico: - si el bien jurídico protegido por el delito de aborto es, no ya la vida humana (lo cual justificaría la interpretación sistemática), sino la "spes vitae" como futurible, no creemos que el legislador haya querido sacrificar una realidad cual es la de la - integridad de la madre en aras de un valor social. Por ello, también en este supuesto estimamos que hay un conflicto entre bienes de desigual valor, - siendo el mal menor el sacrificio de la vida fetal (230).

En cuanto al requisito 2º del artículo 8, 7º, podría pensarse que no concurre en el caso del aborto terapéutico, ya que la embarazada ha provocado, mediante su voluntaria realización del acto sexual, el peligro de advenimiento de un mal inminente o - grave para su salud motivado por la preñez, consecuencia de aquel (231), Pero, como dice FERRER SAMA,

(230) En contra de que el peligro de lesiones graves dé lugar a la apreciación de aborto terapéutico, vid RODRIGUEZ DEVESA. Parte General. cit. pag. 492. nota 19

(231) LOPEZ-REY. "Aborto". Revista del Instituto de Ciencias penales y penitenciarias. Universidad Nal. de Colombia. 1954. nº 2. pag. 42 y ss. (citado por LAN-DROVE. Política criminal del aborto. cit. pg. 62. nota 30

no debe confundirse el caso de provocación intencional o voluntaria con el caso en que el agente - hubiese ejecutado voluntariamente un acto del que se derive luego, a manera de consecuencia, la situación de necesidad, mas sin intención de que se produjese tal estado... tanto en el caso de provocación culposa como en el de provocación fortuita. la acción puede decirse voluntaria, pero lo que ^{no} es voluntario o intencional es el resultado derivado - de la misma, o sea, el riesgo o peligro para determinados bienes jurídicos (232). En base a esta ^{es} argumentación, consideramos que el supuesto de aborto necesario ~~se~~ da el segundo requisito exigido pro el artículo 8, 7º: la embarazada, aún ~~haciendo~~ provocado intencionalmente su embarazo, no ha provocado dolosamente la situación de necesidad. Sería absurdo - pensar que la mujer ha provocado, de propósito, su embarazo, a riesgo de su vida o de un grave daño - para su salud, para luego poder abortar.

Por lo que respecta al tercer requisito del artículo 8, 7º, no creemos que el embarazo entre dentro de la categoría de oficios o cargos, ni que sobre el mismo se den normas reguladoras que obligan a la embarazada a sacrificarse. Y en cuanto al deber

(232) FERRER SAMA. Comentarios al Código Penal. Tomo I. pags. 204 y 205. Madrid. 1956.

moral que exige a la madre sacrificar su propia vida en pro de la de su hijo (233), carece de relevancia, de no estar recogido en una norma jurídica(234) ^{que}
 El la embarazada haya de soportar los trastornos - propios del embarazo (náuseas, vómitos, fatiga, etc) no impléca que haya también de soportar un riesgo - para su vida o para su salud (235).

(233) Teniendo en cuenta que la sociedad española, es a nivel declarativo, confesional, el punto de vista de la moral social coincidirá con la postura adoptada por la Iglesia. Y la Iglesia condena tanto el aborto el aborto directamente provocado cuanto - el terapéutico, castigando ambos con la pena de excomuni6n. (si bien en este segundo, atenuada). Y -- ello en base a la idea de que es ilícito conseguirse un bien por el camino de sacrificar a un inocente, siendo así que "el don de la maternidad y el espíritu de la fé han proporcionado frecuentemente a las madres suficiente confianza en Dios como para sus - citar la ofrenda de la propia vida en el sacrificio de alumbrar una nueva"(nota sobre el Aborto de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fé, punto - 16. Octubre de 1972. cit. por LANDROVE. Política criminal del aborto, cit. pag. 73). Para un estudio más amplio de la postura de la Iglesia en esta materia, vid. Encíclica Casti Onibii de 31-12-1930, postura que hemos tenido ocasión de confirmar recientemente con las declaraciones de los portavoces eclesiásticos oficiales en el "affaire" Seveso, aún cuando en este caso, más que de aborto terapéutico habría que hablar de aborto eugenésico.

(234) CORDOBA RODA. Comentarios. II. cit. pag. 305

(235) VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 349.

Visto que el aborto llevado a cabo por indicación médica, para evitar un peligro inminente y grave para la vida o la salud de la embarazada cumple los requisitos del estado de necesidad, es evidente que tal actuación queda amparada por dicha eximente, constituyendo una acción lícita aún cuando se realice sin consentimiento de la mujer, y el sujeto activo sea un tercero que no tenga la cualidad de facultativo.

Pasamos a plantearnos el supuesto del error sobre la necesidad de la operación abortiva, que se da siempre que una persona, cree encontrarse en una situación de necesidad que en realidad no existe, y movida por esta errónea creencia, causa un aborto - por estimarlo necesario.

Los autores alemanes consideran aplicable, a esta hipótesis la teoría general del error; si es invencible excluye por completo la culpabilidad, y si es vencible excluye el dolo, quedando subsistente la responsabilidad a título de culpa (omisión de la diligencia debida que hubiera hecho evitar el error) (236).

(236) La jurisprudencia de la BGH considera que la suposición errada de una cuestión de hecho (existencia de la necesidad) constituye un error de hecho (vid. LANGE. Irrtumsfrage bei der Ärztlichen Schwangerschaftunterbrechung. JSt. pag. 9 1953). Otros autores creen en cambio, que en este supuesto se da un error de prohibición (así: MAHNACH B.T. cit. pag. 62; SCHNKE-SCHRODER. Strafgesetzbuch Kommentar. cit. pag. 1157; LEIPZIGER KOMMENTAR. cit. pag. 18).

De esta manera, teniendo en cuenta que, en -- nuestro ordenamiento el aborto culposo es impune (salvo en la figura de aborto no intencional del artículo 412) el hecho sería antijurídico pero nunca culpable, aún cuando el error fuese vencible.

A esta interpretación preferimos la ^{de la} doctrina jurisprudencial que, en los casos de fundada creencia (creencia racional) en la existencia de la situación de necesidad que sirve como fundamento a -- la eximente, estiman la eximente, con lo que la conducta, además de inculpable, es lícita (237).

Esta conclusión tiene enorme trascendencia, -- pues queda descartada la acción inicial ilícita motivante de la aplicación del versari, cuando del estado de necesidad putativo se derivan consecuencias ulteriores.

¿Quid iuris si del aborto, efectuado en la -- errónea creencia de estar ante una situación de necesidad, se derivan la muerte o lesiones graves de la embarazada?

Aquí es cuando hemos de distinguir si el error fue vencible o invencible, a pesar de no ser partidarios de este tratamiento doctrinal. Y ello porque

(237) CORDOBA RODA. Comentarios. I. cit. pag. 267.

si fue vencible, aún cuando el aborto no existiría como tal delito por no admitir la comisión culpable, lo que no puede negarse es que, al darse una omisión de la diligencia debida, se han producido unos resultados que cabe reprochar al sujeto a gente a título de culpa: habría, pues, estado de necesidad justificante del aborto, y culpa con respecto de las lesiones o la muerte.

Si el error fue invencible, no se da tal omisión del deber de diligencia, por lo que se cumplen todos los requisitos exigidos para la aplicación de la eximente de caso fortuito.

Por último, si los resultados letales o lesivos, aún siendo consecuencia de un aborto efectuado con la errónea creencia en la presencia de la eximente 7ª del artículo 8, (siendo el error invencible), responden a negligencia por parte del autor de la operación abortiva, serán reprochables, así mismo, a título de culpa.

4) PRACTICAS ABORTIVAS EN MUJER NO ENCINTA, CREYENDO EMBARAZADA.

Hecha una primera delimitación del tipo en su vertiente objetiva, pasamos a examinar la segunda modalidad típica en el contenido: "cuando a conse-

cuencia de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada... resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 1º del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor".

Esta tipificación expresa de un delito imposible de aborto por inexistencia del objeto del mismo, acompañada de un resultado de muerte o lesiones graves de la embarazada, parte de los siguientes presupuestos:

a) Que la mujer no esté efectivamente encinta. Lo que supone que no ha de subsistir el aborto de gravidez presupuesto por el agente. Es indiferente que el proceso de maduración del feto no se haya iniciado en absoluto porque la mujer no haya concebido, o que, habiéndose iniciado, se haya interrumpido ya en el momento del hecho por "muerte" endouterina del feto (238).

(238) Así opinan, entre otros: MANZINI. Trattato VII. pag. 629. Torino 1963. BANNAIN. Manuale. Parte Speciale. cit. pag. 574; del mismo autor, vid. - Aborto. Nuovo Digesto italiano. cit. pag. 86; ZUCCA LA. Atti abortivi su donna ritenuta incinta. Enciclopedia del Diritto. IV. pag. 2. Milano 1959. Entre

b) Que se lleven a cabo prácticas abortivas sobre la misma. No se requiere que los medios su-

... nuestros autores, son contrarios a esta tesis RODRIGUEZ DEVESA en Anton Oneca, Jaso, Rodriguez Muñoz y Rodriguez Hevesa. considerando que si el feto está ya muerto, y de las maniobras abortivas se deriva la muerte o lesiones graves de la mujer, habrá un planteamiento concursal (Derecho Penal, Tomo II. Parte Especial, cit. pag. 247). vid. en el mismo sentido: RODRIGUEZ DEVESA. Parte Especial, -cit. pag. 83). Al tratar en un capítulo precedente del objeto material del delito de aborto, decíamos que dentro del término "mujer no encinta" era susceptible de encuadre la hipótesis de mujer portadora de un feto muerto. En este sentido se pronuncia la STS de 13-VI-1969: "para la consumación de esta infracción (delito de aborto), el feto, aunque no sea persona, ha de tener vida in fieri dentro del órgano genital femenino, por estar concebido, pues de hallarse muerto, la maniobra destructora no servirá para causar el deceso de lo que ya no vivía, aunque esta especial situación se asimile, a efectos del último párrafo del artículo 411 del Código Penal, a las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, pues en ella ha de comprenderse la situación debida al propio ánimo doloso del aborto, realizado en mujer - que no está embarazada, cuyo feto muerto en su seno se destruye estimándolo erróneamente vivo, provocando su expulsión, con consecuencias letales o lesivas graves para la misma, y que tiene idéntica penalidad que en el caso de viabilidad fetal, objeto de aborto que la hace cesar", pues "aunque - estuviese muerto el feto... el creerse su viabilidad y desear con "ánimus necandi" su deceso, era suficiente para encajar la situación en la hipótesis de mujer no encinta, ya que en ella se comprende la que tiene en su entraña un feto muerto y sin viabilidad."

ministrados o los actos realizados sean idóneos - para producir el aborto (239) (ya que éste resulta

.... Nosostros consideramos que las prácticas abortivas sobre mujer portadora de feto muerto, sin resultados ulteriores, son, al igual que las realizadas sobre mujer no encinta (en la creencia errónea, en ambos casos, en el embarazo), delito imposible por inexistencia del objeto y, como tal, impunes. Sin embargo, si de las mismas se derivan resultados letales o lesivos para la mujer, es obvio que en ambas hipótesis resulta dañado el bien jurídico vida e integridad física de la mujer, sobre el que se asienta esta específica agravación. Excluir del último párrafo del artículo 411 el supuesto de feto muerto significaría tratar desigualmente supuestos de hecho iguales, ya que en ambos concurren los mismos elementos: falta del objeto del delito, ánimo de destrucción del feto reputado como existente, y causación de un resultado más grave que el pretendido por el autor. De otro lado, sostener que en el caso de feto muerto se da un planteamiento concursal sería incompatible con nuestro punto de vista de que el delito imposible por inexistencia de objeto no es punible "per se", con lo que la desigualdad de tratamiento alcanzaría cotas aún mas elevadas.

(239) Así: entre otros: ANTOLISEI. Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale, cit. pag. 93; BELLAVISTA. Atti abortivi su donna ritenuta incinta. Rivista Penale 1938, pags. 273-274; MANZINI. Trattato. cit. pag. 630; PANNAIN. Manuale P.S. cit. pag. 575; -- VANNINI. Manuale. Parte Speciale. cit. pag. 241; VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 491; ZUCCALA. Atti abortivi su donna ritenuta incinta. cit. pag. 2; LATANZI. I. Codici penale. 5ª ed. pag. 692. Milano 1968; SEVERINO. Codice penale commentato. pg. 446. Roma 1973.

ría, en cualquier caso, imposible dada la inexistencia de feto), pero sí han de serlo para producir la muerte o lesiones graves, ya que, como dice VISCO, "la inidoneidad de los medios para causar el aborto no excluye en absoluto la idoneidad para producir un daño a la integridad de la mujer (240).

c) Que las susodichas prácticas desencadenen un resultado de muerte o lesiones graves de la mujer. Entre dicho resultado y la acción inicial ha de existir una relación causal adecuada (como en toda hipótesis de aborto acompañado de los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411.) (241).

Por lo que respecta al tema de la naturaleza jurídica de esta modalidad típica, estimamos que su tratamiento no puede realizarse separadamente del resto de las figuras contenidas en el último párrafo del artículo 411, por lo que lo posponemos para más adelante. Sin embargo no queremos dejar - sin mencionar (y criticar) aquí aquella tesis que dice que, en este supuesto, el resultado más grave tiene la categoría de condición objetiva de punibi

(240) VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 492.

(241) Vid. apartado dedicado al tema de la relación causal.

lidad (242). Si bien es cierto que en la hipótesis contemplada se cumple el primero de los requisitos de dicha categoría conceptual (el evento no es punible "per se" si no se produce la condición del advenimiento del resultado de muerte o lesiones graves) (243), así como también el de la inexistencia de voluntad del agente, referida a dicho resultado (aunque no la ausencia de culpabilidad lato sensu, ya que el resultado de muerte o lesiones graves ha podido ser causado culposamente); no es menos cierto que, como dice ZUCCALA, tales resultados deben estar causalmente ligados a la actividad del agente "a tal punto de excluirse el delito -- cuando no se dé tal derivación" (244), lo que no ocurre con las condiciones objetivas de punibilidad

(242) Así lo consideran, entre otros: ALTAVILLA. - Delitti contro la persona, cit. pag. 328; ANTOLISEI. Manuale Parte Speciale. cit. pag. 93; CONTIERI. Delitti contro la integrità e sanità della -- stirpe. cit. pag. 1.199; ESCOBEDO. Rapporti e interferenze fra il delitto di procurato aborto a -- quello di atti abortivi su donna ritenuta incinta Giustizia Penale. 1938, II. col. 1.006; MIELE, La pena nel delitto di atti abortivi su donna ritenuta incinta. Giustizia Penale. 1938, II. col. 92; LATANZI I. Codici penale cit. pag. 692; SALTELLI-ROMANO DI FALCO. Commento teorico-prático del nuovo Codice penale. vol. IV. Tomo X. pag. 138. Torino 1940.

(243) Siempre partiendo de nuestra interpretación que considera que el delito imposible de aborto, -

(245). Parece más coherente concluir que la muerte o las lesiones graves inferidas a la mujer, dada su posición de preminencia en el ámbito del tipo legal, son elementos constitutivos del mismo. Se forma así un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva: aún faltando el requisito de la acción inicial ilícita que caracteriza al instituto de versari, nos encontramos aquí con una imputación a título de dolo de un hecho que, en sí, debería ser reprochado, todo lo más, a título de culpa. - En opinión de VANNINI, parece que el legislador - ha querido así crear un extraño delito de peligro presunto (246), punible, únicamente, cuando el pe

... por inexistencia del objeto del mismo, no acompañado de los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411, es impune. Vid. supra. en capítulo dedicado al objeto material del delito de aborto.

(244) ZUCCALA. Atti abortivi su donna ritenuta incinta, cit. pags. 4 y 5; vid. en el mismo sentido MANZINI. Trattato. cit. pag. 628 y SABATINI. Istituzioni. Parte Speciale, cit. pag. 90.

(245) RODRIGUEZ DEVESA, define las condiciones objetivas de penalidad como aquellos "elementos unidos a la acción tipificada en la ley, pero no por una relación de causalidad, porque son a su vez - resultado de la acción de otra persona". (Parte General cit. pag. 349).

(246) VANNINI. Parte Speciale. cit. pag. 240.

ligro se concrete en los resultados previstos en el tipo. Nosotros pensamos que, si el peligro se concreta en lesión, estamos ante un delito de lesión y no de peligro.

d) que se dé un elemento subjetivo concretado en la voluntad del agente de querer producir un resultado de aborto, en la errónea creencia de que la mujer está efectivamente embarazada (247). No se exige que el agente tenga la certeza del estado de gravidez, bastando con la opinión o convicción respecto de su existencia (248).

(247) PANNAIN. Manuale. parte Speciale, cit. pag. 576, y en Aborto, cit. pag. 86; RANIERI. Manuale Parte Special. Vol. III. pg. 116. Padova 1.952. - VANNINI. Manuale. Parte Speciale, cit. pag. 240; VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 337; ZUCCALA Atti abortivi.. cit. pag. 3; SATTELLI-ROMANO DI FALCO. Commento teorico-prático. cit. pag. 137.

(248) LATANZI. I. Codici Penali. cit. pag. 692, - citando sentencia de la casación italiana de 24-IV 1936; este autor (cit. pag. 691) considera que, - cuando falta la certeza de la gravidez de la mujer, no puede ser aplicado el artículo 549, pero tampoco puede acudirse a la hipótesis del sucesivo artículo 550, porque la duda que juega en el artículo - 549 para excluir la aplicación, opera también en - el artículo 550 en tanto en cuanto es incierto el estado de gravidez (Cass. 3-III-1953), MANZINI, por el contrario, opina que también en el caso de duda acerca del estado de la mujer es aplicable el art. 550 (Trattato. cit. pag. 663), siendo PANNAIN del mismo parecer (Manuale. Parte Speciale. cit. pag. 576)

Es evidente que, en este supuesto, estamos en presencia de un error por parte del sujeto activo sobre las circunstancias del hecho, careciendo, sin embargo, este error de trascendencia en cuanto a una eventual supresión o mitigación de la culpabilidad por cuanto constituye elemento -- mismo del tipo (249).

Ahora bien, si decimos que es requisito esencial del tipo la creencia errónea en el embarazo de la mujer, ¿qué sucede cuando el sujeto activo, sabiendo que la mujer no está encinta, efectúa, -- no obstante, prácticas, abortivas sobre la misma, desencadenando su muerte o lesiones graves?

Desde luego, que esta hipótesis no es configurable dentro de los márgenes del último párrafo -- del artículo 411, sin que por ello pueda afirmarse su impunidad. Pero, ¿a que título es punible?

Para responder a ésta cuestión, hemos de distinguir tres supuestos:

a') El sujeto conoce la inexistencia del embarazo, y realiza las maniobras abortivas con el fin -- de obtener de ello una ganancia.

(249) MANZINI. Trattato. cit. pag. 633; RANIERI. Vol. III. cit. pag. 117.

b') El sujeto sabe que la mujer no está encinta, pero obra con la intención, no de producir un aborto, (que reputa imposible), sino de ocasionarle la muerte o lesiones graves.

c') El sujeto no se preocupa de comprobar si realmente existe o no un estado gravídico, aún teniendo la duda sobre ello, sin que concurran los móviles citados en los apartados a' y b'.

En el primer caso, si se demuestra que el agente ha obrado con ánimo de lucro, se dará un delito de estafa en concurso ideal con un delito de homicidio o lesiones culposas (250).

(250) MANZINI. Trattato. cit. pag. 630; VANNINI, Manuale. Parte Speciale cit. pag. 241; vid en este sentido la STS de 1-VII-1955, en la que se recurre alegando que el precepto a aplicar no es el último párrafo del artículo 411, sino una falta de estafa, por haber actuado el sujeto activo con el conocimiento de que la mujer no estaba encinta. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia, apreciando un delito de lesiones graves con la agravante de precio.

Hay autores que estiman que en el presente supuesto, se da concurso de delito de estafa con homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, o con lesiones dolosas, por concurrir dolo eventual (así: PANNAIN, Manuale. Parte Speciale cit. pag. 576). Aparte de la tesis por nosotros defendida en otro lugar de este trabajo, según la cual incluimos el dolo eventual dentro de los márgenes de la imprudencia temeraria de nuestro art. 565, y aparte de lo incorrecto que nos parece el

En el segundo supuesto, si el agente, conociendo la circunstancia del "no embarazo", realiza prácticas abortivas sobre la mujer con la intención de ocasionarle la muerte o producirle unas lesiones -- graves, qué duda cabe que estaremos en presencia de un delito contra la vida o integridad física de la mujer, siendo de la forma de culpabilidad la dolosa (251). Pero es que, además, consideramos que se da aquí un empleo de medios que tienden a asegurar la indefensión de la víctima, por lo que, al apreciar la concurrencia de la agravante de alevosía, la calificación quedará en los siguientes términos: si la intención fue la de matar, el agente habrá de -- responder por delito de asesinato; si de lesionar, por lesiones graves dolosas en el grado correspondiente, agravadas en el sentido del penúltimo párrafo del artículo 420. (aplicando el art. 50, 1º en el caso en que con "animus laedendi" se ocasione la muerte).

... hablar, en nuestro Derecho, de un homicidio preterintencional, consideramos que esta postura arranca de una inaceptable presunción de aceptación, por parte del sujeto activo, de los resultados acaecidos, presunción difícilmente conciliable con el -- principio de culpabilidad.

(251) PANNAIN. Manuale. Parte Speciale. cit. pag. 576. VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 377.

Si el agente duda sobre el estado de embarazo de la mujer,) y actúa sin comprobar este punto (sin ánimo de lucro ni de matar o lesionar) verificándose la muerte o lesiones graves de la misma, es inaplicable el último párrafo del artículo 411, que exige la creencia en el embarazo, o al menos la -- opinión o convicción sobre la existencia del mismo. Pero es evidente que ha habido un actuar negligente por parte del sujeto activo que, en la duda, debería haberse cerciorado de que la mujer estaba realmente encinta (especialmente si aquel ostenta la cualidad de facultativo), por lo que la muerte o -- las lesiones graves podrán serle reprochables a título de imprudencia (252).

Nos queda un último tema por tratar en cuanto a la modalidad contemplada, y es el de la inoportunidad de su encuadre sistemático.

En fecha tan lejana como el año 1899, algún autor abogaba ya por que se creara un artículo en el

(252) LATANZI. I Codici Penale. cit. pag. 691; "responde de homicidio culposo la comadrona que, reputando inexistente un estado de gravidez opinado o temido por una mujer, opera en ella inoportunas -- prácticas abortivas, ocasionándole la muerte por -- perforación del útero (Cass 3-III-1953).

que se castigarán específicamente, como lesiones u homicidio, la muerte o las lesiones inferidas a la mujer "no encinta" como consencuencia de prácticas abortivas sobre ella realizadas, puesto que resultaba erróneo incluir este supuesto en el capítulo (o título) relativo a los delitos de aborto al no estar en peligro, en ningún momento, el bien jurídico por ellos protegido (253). Como dice MANZINI, "el interés protegido es el relativo a la vida o a la integridad de la persona, ya que el hecho sólo es punible en cuanto que de las aberrantes maniobras abortivas se haya derivado la muerte o una lesión personal de la supuesta gestante" (254), no teniendo esta figura legal, en rigor, nada que ver con el delito de aborto (255), ya que es imposible interrumpir una gestación que no está en curso y destruir un producto de la concepción que no existe (256). VISCO, tras de criti-

(253) GREGORACCI. Del reato di procurato aborto - ove lo stato di gravidanza non esista. Giurisprudenza italiana 1899. IV. pag. 361.

(254) MANZINI. Trattato VII. cit. pag. 628; BELLAVISTA. Atti abortivi su donna ritenuta incinta. cit. pag. 275.

(255) ANTOLISEI. Manuale. Parte Speciale. cit. pg. 93

(256) VALENTINE. Errata corrige all'articolo 550 del Codice penale. Giustizia Penale. 1953. II. pag. 284
VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 484

car la actual colocación sistemática de la presente modalidad (idéntica en el Código Penal italiano (artículo 550) y en el nuestro) encuentra para la misma una razón de política criminal: si se -- crease un delito común de lesiones o de homicidio, la pena a aplicar sería la más leve correspondiente a la forma culposa, ya que el resultado no es querido por el agente: en lugar de 'ésto, el delito es siempre doloso puesto que hay una voluntad -- preordenada a la consecución de un delito de daño (257). Razonamiento que nos retrotrae al versari: a partir de una acción inicial ilícita se transforman en dolosas (o culposas, lo que también es posible) todas las consecuencias de ella derivadas. La construcción resulta, empero, forzada en este caso ya que, como en su momento afirmamos, el delito imposible de aborto por inexistencia del objeto del mismo, sin resultados ulteriores, es impune (con lo que desaparece la ilicitud de la acción inicial).

En resumidas cuentas, creemos que esta figura debe desaparecer puesto que el bien jurídico por ella protegido (vida e integridad física de la mujer) ya lo está, con mayor entidad, en los capítulos específicamente destinados a su protección. Y

(257) VISCO. L'aborto criminoso. cit. pag. 484.

si lo que el legislador ha pretendido con ella es que la agravación penal disuada al autor de llevar a cabo prácticas de índole abortiva, sería más lógico que se agravara la pena del tipo común correspondiente (homicidio-lesiones).

Digamos por último, en lo relativo a esta modalidad típica, cual es el momento de consumación del delito. Está claro que, si el bien jurídico por ella protegido es el de la vida e integridad de la mujer, el resultado no puede ser sino el previsto de muerte o lesiones graves cuya producción faculta la aplicación inmediata del último párrafo del artículo 411, no admitiendo el tipo, como delito cualificado por el resultado que es, formas imperfectas de ejecución (258).

(258) RANIERI: Manuale. Vol. III. cit. pag. 116; MANZINI. Trattato. cit. pag. 632; LATANZI. I Codici Penale. cit. pag. 692. En contra: CENTIERI (Delitti contro la sanità... cit. pag. 1199), considera que la consumación del delito se verifica -- cuando se realiza el evento descrito (prácticas abortivas), y ello por la peculiar concepción que del bien jurídico protegido por el delito de aborto tiene este autor. En este mismo sentido: vid. VANNINI. Parte Speciale, cit. pag. 241.

5) EMPLEO DE MEDIOS INADECUADOS PARA PRODUCIR UN ABORTO.

La tercera modalidad inscrita en el texto de la norma estudiada consiste en "emplear" medios inadecuados para producir el aborto", ⁽²⁵⁹⁾ con resultado de muerte o lesiones graves. Parece que en este caso la mujer ha de estar efectivamente embarazada, pues de lo contrario el supuesto entraría dentro de la figura anteriormente analizada (a no ser que se interprete el término "prácticas abortivas" como sinónimo de prácticas idóneas, lo que no creemos sea lícito teniendo en cuenta que prácticas - generalmente abortivas (idóneas) pueden no serlo en concreto).

Respecto de su estructura, traemos aquí todo lo dicho en tema de delito imposible: se trataría de un complejo de tentativa inidónea y de un resultado mas grave que cualifica. En cuanto a si -

(259) DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO advierten que el que en este tipo concreto se nos hable de medios inadecuados no implica que el párrafo - último del artículo 411 se refiera únicamente a - supuestos de empleo de medios que reúnan tal características, ya que los idóneos están comprendidos en el primero de los tipos analizados (Delitos contra las personas, cit. pag. 368).

la tentativa inidónea es o no punible "per se", no podemos ser tan categóricos como en materia de delito imposible de aborto por ~~in~~existencia de objeto. Teníamos en cuenta que el razonamiento allí - empleado para excluir la punición, no resulta válido en todos los casos de tentativa inidónea: en efecto, la inidoneidad puede no responder a un defecto de inteligencia por parte del sujeto activo, sino a un error de cálculo en lo tocante a cantidad o calidad de los medios empleados, o a la forma de procedimiento. Piénsese lo diferente que es el pretender hacer abortar mediante conjuros (medio inidóneo) de que el aborto no tenga lugar porque no se ha administrado suficiente dosis de sustancia abortiva o porque el sujeto activo la ha suministrado por vía vaginal cuando la administración idónea era por vía oral. En estos dos últimos casos, el medio es idóneo en abstracto, aunque inidóneo en concreto, lo que tiene importantes repercusiones en orden a medir el grado de peligrosidad del autor; creemos que entrarían claramente dentro del último párrafo del artículo 52, mientras el primero sería impune por las mismas razones aducidas en el apartado dedicado a la no punibilidad - del delito imposible por inexistencia de objeto, sin resultados ulteriores.

En cuanto al elemento subjetivo, a pesar de - que la ley no contiene expresión paralela a la contenida en la figura anterior ("creyéndola encinta") es obvio que el agente debe obrar en la errónea -- creencia de que los medios por él empleados son - los idóneos ~~para~~ producir el resultado apeteido de+ aborto, pues mal podría darse un ánimo feticida si aquel conociese la imposibilidad de llevar a cabo - un propósito de destrucción del feto por saber, de antemano, ineficaces las acciones emprendidas a - tal efecto (260).

6) HIPOTESIS EXCLUIDAS DE LA AGRAVACION PREVISTA EN EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO #11.

Visto el alcance objetivo del precepto estudiado, no nos queda sino, a la luz de su anunciado, - excluir de la punición agravada en él prevista algunas hipótesis en las que, si bien puede afirmar-se que hay un aborto y una muerte o unas lesiones de él derivadas, no se cumplen, sin embargo, otros requisitos del tipo.

(260) Por lo que entendemos que no entra dentro de este tipo el supuesto de quién da a una embarazada decidida a abortar, una sustancia que sabe inadecuada a tal efecto, con el ánimo de impedirle llevar a cabo su propósito feticida. Si tal substancia provoca la muerte o lesiones graves de la embarazada, el sujeto aludido únicamente habría de responder, a título de culpa, si se demostrase que por su parte ha habido omisión del cuidado debido.

a) Aborto, o prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta creyéndola embarazada, o empleo de medios inadecuados para producir el aborto con resultado de lesiones menos graves o leves.

La no aplicación a este supuesto de lo previsto en el último párrafo del artículo 411 viene obligada por el mismo texto legal. Como dice QUINTANO-RIPOLLES. "al no mentarse en el texto del último párrafo del artículo 411 las demás lesiones menos graves, es de general opinión que responde a ellas entran en juego las normas ordinarias del concurso de delitos, el de aborto y el de lesiones del artículo 422, conforme a lo dispuesto en el 71 sin que quepa hablar de una absorción del segundo en el primero" (261).

b) Consecuencias letales o lesivas resultantes de un aborto iniciado, pero en el que el sujeto activo ha desistido voluntariamente antes de llevarlo a término.

(261) QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. Tomo I. vol. I. cit. pag. 667. Vid. en el mismo sentido: CUELLO CALON. Tres Temas Penales. cit. pag. 111; y las STS de 9-VI-1954; 11-III-1955; 18-I-1958; 20-III-1970 y 5-I-1975, es también posible el concurso del delito de aborto con una falta de lesiones. vid. STS de 28-X-1974, aunque en la práctica será difícil que se den lesiones de tal índole que no sean las propias de la operación abortiva.

La impunidad del desistimiento voluntario supone que la consumación del delito no se produzca - (262). Teniendo en cuenta que el delito querido -- por el agente es el aborto, este requisito se cumpliría en el caso de que el desistimiento impidiese la producción del resultado muerte ~~de~~ feto, siendo en tal caso impune la acción desistida. Ahora bien, tengamos en cuenta que, si bien el aborto ha podido evitarse (con lo que desaparece la punición respecto del mismo), puede muy bien ser que el principio de ejecución hayan resultado ya unas lesiones graves de la embarazada, ¿Cómo castigar este resultado?.

Siendo la inicial acción abortiva impune, no habría lugar a la aplicación del último párrafo del artículo 411. El resultado de muerte (que se producirá en raros casos de desistimiento eficaz ya que ^{la muerte} de la madre entraña, normalmente, la destrucción del feto). o lesiones graves arrancará, entonces, de un acto lícito, por lo que cabrá su imputación a título de culpa si se ha dado una omisión del deber de diligencia, o será impune por concurrir la eximente de caso fortuito, si se cumplen las exigencias que para ello impone el artículo 8, 8º.

(262) MUÑOZ CONDE. El desistimiento voluntario de consumir el delito. pag. 144. Barcelona.

c) Complicidad en el auto aborto del artículo 413, cuando del hecho se derive la muerte o lesiones graves de la abortante.

El partícipe en el autoaborto, cuya actividad no puede encuadrarse en el artículo 14 de nuestro Código responde, no a tenor del artículo 411, sino como cómplice del artículo 413. Si del hecho se deriva la muerte o lesiones graves de la mujer creemos, conforme a reiterada jurisprudencia (263), que la actuación de este partícipe no entra dentro del primer párrafo del artículo 411, no siéndole, por lo tanto, aplicable la cualificación por el resultado previsto en el último párrafo del mismo. La calificación correcta, en este caso, será la de -- complicidad en el delito del artículo 413, en concurso con lesiones u homicidio culposo (264).

(263) Vid. entre otras: STS de 4-III-1965 y 27-IX-1971

(264) Cabe aquí plantearse toda la problemática de si cabe la participación en un delito culposo, pues no olvidemos, que en este caso la embarazada es la autora principal de su propio aborto, por lo que -- también será ella quien ocasione el resultado culposamente (con el auxilio del tercero), dándose además la circunstancia de que nunca podrá imputarse a la embarazada su propia muerte o las lesiones autoinferidas. RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. cit. pag. 895, estima que, conceptualmente, es posible la complicidad culposa (y hablamos únicamente de complicidad porque consideramos, conforme es

d) Muerte o lesiones determinantes de un aborto no intencional (artículo 412) o determinadas - por él.

Hay que destacar que el supuesto de hecho consiste, en este caso, en unas violencias voluntariamente ejercidas sobre una mujer a la que se sabe - encinta, pero sin ánimo de provocarle el aborto. - El resultado es doble: junto a un resultado de aborto no intencional, se dará el resultado de las violencias dolosas, produciéndose un concurso ideal entre aborto no intencional del 412 y lesiones-homicidio doloso (aunque si el ánimo del sujeto es el de matar a la mujer no creemos que el aborto subsiguiente pueda reputarse no intencional, puesto que el agente ha de representarse forzosamente que si - mata a la mujer mata también al feto), con posible apreciación de la atenuante de preterintencionalidad en el primero de los casos (lesiones más graves

... peramos demostrar más adelante, que es ésta la única forma de participación posible con respecto del auto-aborto del artículo 413). Sin embargo, la complicidad exige una acción principal antijurídica, que en este caso no se da ya que el auto-homicidio y las auto-lesiones son atípicos. Por ello, la única forma de hacer responder al cómplice de - auto-aborto del resultado de muerte o lesiones graves de la abortante derivado de su actuación secundaria, es considerándole autor de un delito culposo de homicidio o lesiones culposas.

que las queridas] y del artículo 50 en el segundo ("animus laedendi con resultado de muerte), -- cuando el resultado producido haya rebasado la intención del agente. Si las violencias ejercidas -- hubiesen producido un resultado de lesiones menos graves, produciéndose el resultado de muerte o le siones graves como consecuencia del aborto, conse cuencia, a su vez, de las violencias, es inaplica ble el último párrafo del artículo 411, que arran ca de un aborto doloso, habiendo de calificarse -- tal hipótesis como concurso entre aborto no inten cional y lesiones u homicidio culposo.

d) Por último, si de un "aborto honoris causa" se deriva la muerte o lesiones graves de la mu jer, será de aplicación lo previsto en el último párrafo del artículo 414, norma especial con res pecto del último párrafo del artículo 411.

La no mención en el último párrafo del artícu lo 414 del supuesto de prácticas abortivas en mu jer "no encinta", creyéndola embarazada (el texto habla de "si resultara muerte o lesiones graves de la embarazada") hace pensar a DEL ROSAL, COBO Y RO- DRIGUEZ MOURULLO que, en el caso de que los padres de la mujer "no encinta" intentasen provocarle un aborto imposible "honoris causa", resultando de su

acción la muerte o lesiones graves de ésta, habría que acudir al último párrafo del artículo 411, resultando así el absurdo de pensar más gravemente - el delito imposible acompañado de muerte o lesiones graves que el aborto consumado seguido de dichos resultados (265). Aún cuando una interpretación -- literal del precepto aboga por esta conclusión, no sucede lo mismo desde el punto de vista de una interpretación teleológica. Por ello consideramos -- que caben dos soluciones: o bien llevar a cabo una interpretación analógica del tipo del último párrafo del artículo 414 en relación con el mismo párrafo del artículo 411 (lo que tropezaría con la objeción de la aplicación de la analogía, aunque en este caso fuera a favor del reo), o bien considerar que si bien el privilegio concedido por el artículo 414 no alcanza de manera expresa a esta hipótesis el carácter que dicha norma tiene de delito especial implica que los sujetos en ella aludidos están excludos del tipo común. La calificación quedaría, de adoptar esta segunda solución, en los siguientes términos: delito imposible de aborto por inexistencia del objeto del mismo (impune), por lo que únicamente serían punibles las lesiones o la muerte de la hija en el caso de que hubiese habido por otra parte de los padres, omisión del deber de diligencia, siendo en otro caso, fortuitas.

(265) QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. cit. pag. 671.

CAPITULO 2

NATURALEZA DEL DELITO DE ABORTO CON RESULTADO
DE MUERTE O LESIONES GRAVES.

NATURALEZA DEL DELITO DE ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE O LESIONES.

Una vez realizado el análisis objetivo del tipo, pasamos a tratar de su vertiente subjetiva.

Una primera lectura del precepto nos enfrenta con la expresión "de propósito", que constituye un elemento subjetivo del injusto en todos los tipos de aborto (266) teniendo la virtualidad de excluir la posibilidad de una comisión culposa de --

(266) DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO opinan, que no existe inconveniente técnico dogmático para afirmar que la producción del auto-aborto pueda -- ser incriminada tanto a título de dolo como de culpa (Delitos contra las personas. cit. pag. 396. En el mismo sentido QUINTANO-GIMBERNAT. Parte Especial cit. pag. 623-624. Es discutible esta tesis que considera que en el artículo 413, que contempla la modalidad del auto-aborto, no se da elemento subjetivo del injusto alguno y por ello cabría pensar en la posibilidad de un autoaborto culposo. Alguno de los autores que así razonan, excluyen posteriormente la punibilidad de tal hipótesis basándose en razones humanitarias. (V. CUELLO CALÓN. Parte Especial cit. pag. 457). Nuestra opinión personal es la de que, aún no viniendo expresamente aludida, en dicho tipo, la posibilidad de consideración de un elemento subjetivo del injusto, no hemos de olvidar, sin embargo, que el párrafo 1º del artículo 411 es una especie de término común para todas las modalidades de aborto, (en este sentido vid. RODRIGUEZ DE VESA. Parte Especial, cit. pag. 85). no siendo los tipos posteriores sino explicitaciones del mismo. Por -- otra parte, y ya desde un punto de vista de equidad resultaría sorprendente el que el legislador haya querido dejar impune la causación imprudente de un aborto por parte de un tercero, castigando en cam--

dicho delito (267). El aborto que sirve de base (Grunddelikt) a la cualificación por el resultado prevista en el último párrafo del artículo 411 ha de ser, pues, efectuado dolosamente (268).

La estructura del párrafo señalado, queda, entonces, configurada en los siguientes términos:

Delito de aborto	---- Relación	----- Muerte o
(doloso)	de	lesiones
	causalidad	graves

... bio idéntica situación cuando es la propia embarazada la causante. ¿Es qué acaso ésta ha de observar una mayor diligencia por el hecho de ser portadora del feto?

(267) Con excepción de la hipótesis prevista en el artículo 412: "El aborto ocasionado violentamente a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, - cuando no haya habido propósito de causarlo". Algunos autores rechazan en este caso la denominación de aborto culposo, y prefieren la de aborto no intencional.

(268) La opinión mayoritaria en nuestra doctrina, - hace coincidir la expresión "de propósito" con la exigencia de dolo directo, descartando la posibilidad del eventual (vid. DEL ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas. cit. pag.- 337. RODRIGUEZ DEVESA, cit. pag. 85)

**A. EL VERSARI IN RE ILLICITA Y SUS REPERCUSIONES
EN LA ESTRUCTURA DE NUESTRO CODIGO.**

La anterior estructuración nos ~~betrot~~^{retrotrae} inmediatamente al tercer párrafo del artículo primero de nuestro Código penal. En él nos encontramos con el viejo principio canónico que tantos quebraderos de cabeza ha ocasionado, ocasiona y ocasionará -- mientras no sea sustituido por otros principios -- más acordes con un Derecho penal basado en el principio de culpabilidad.

En efecto, el artículo 1º consagra, en su párrafo tercero, la vieja fórmula de "qui ~~versatur~~^{versatur} in re illicita respondit etiam pro casu" (269), a través de la cual se abandona el pensamiento de la culpabilidad en lo concerniente al resultado fortuito causado por una acción inicialmente ilícita (270).

(269) Para un mayor estudio del mismo, vid. P.J. PE REDA. El versari in re illicita. Madrid 1948. Kollmann Die Lehre von versari in re illicita in Rahmen des Corpus iuris canonici. ZStW (nº 35). pag. 46 y ss. 1918

(270) Quizá sea interesante estudiar un poco la historia del mencionado principio. Proveniente del Derecho canónico medieval, aparece por primera vez en nuestro Derecho a través del Código de 1848, si bien con un contenido distinto del actual: "el que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable

Conviene examinar qué consecuencias trae el parterbador principio con respecto de toda una serie de institutos que no son sino su fiel reflejo.

FERRER SAMA hace consistir el versari en la afirmación de la existencia de dolo "no sólo cuando ha existido voluntad de ejecutar el hecho criminal, sino también cuando al realizar una conducta prohibida se ocasiona un resultado delictivo"; estimando dicho autor que "en virtud de esta declaración se extiende la responsabilidad criminal a casos en los que el sujeto ha desconocido totalmente el resultado que se le imputa, y ello tan sólo por el hecho de haberse producido el mismo con ocasión

... de él a incurrirá en la pena que la ley le señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender". Según palabras de RODRIGUEZ MOURULLO (comentarios al Código penal I. pag. 46 y ss. Barcelona 1972). "el párrafo 2º del artículo 1º no encerraba, en el Código de 1848-50, nada que pudiese comprometer los principios generales de la culpabilidad y se trataba de un precepto no "casi" (como dice RODRIGUEZ MUÑOZ) sino enteramente superfluo porque la solución que expresamente venía a consagrar derivaba naturalmente de la estructura de los correspondientes tipos-indiferencia de la identidad personal del sujeto pasivo- y de la noción del dolo". En el Código de 1848 aún no podía hablarse de responsabilidad objetiva pues la intención de (por ejemplo) matar, se correspondía con un resultado de muerte, aún cuando la víctima resultase ser persona distinta de la

de ejecutar otro delito" (271). ¿Qué otra cosa sino responsabilidad objetiva puede llamarse al hecho -

... querida. El Código de 1870 efectúa una desafortunada modificación de esta fórmula, quizás movido como dice RODRIGUEZ MOURULLO (comentarios. cit. pag 47), por el deseo de "evitar las consecuencias injustas que produciría la aplicación del precepto - a los casos en que el error in persona es relevante", problema ya denunciado en su momento por PACHECO (Código penal concordado y comentado. I. 5ª ed. pags. 81-83, Madrid 1881). Sin embargo, para eludir la consecuencia, a todas luces injusta, de tener que hacer responsable de parricidio a aquel cu ya intención iba encaminada no a matar a su padre sino a un extraño, en vez de alterar el párrafo - susodicho, dotándole de una vaguedad tal que infiere la introducción de la responsabilidad objetiva en nuestro derecho, hubiera sido preferible dejar intacto el párrafo tercero del artículo 1º y jugar con el artículo 65 (actual 50), incorporado por el Código de 1870, de suerte que, una vez afirmada la responsabilidad criminal del autor, se le aplicaría la pena correspondiente al delito menos grave en su grado máximo.

La redacción dada al párrafo analizado por el Código de 1870 se mantiene en textos posteriores, con la excepción del Código de 1928, cuyo artículo 30 - rezaba así: "Incurrirá en responsabilidad criminal el que cometiera una infracción, aunque tuviera intención de cometer otra distinta. Incurrirá, así mismo, en responsabilidad cuando el mal hubiera rocaído sobre persona o cosa distinta de aquellas a quienes el culpable tuvo intención de causarlo"; - completando el artículo 31 tal declaración al prescribir que "el responsable de una infracción lo será de toda lesión o daño que por consecuencia de -

de imputar resultados no queridos y, en la mayoría de los casos, ni siquiera previsibles a título de

... la misma se produjese, mientras no aparezca, y se pruebe, que este resultado sobrevino en virtud de accidente extraño a la acción". El Código de -- 1932 vuelve a situar el versari en el marco del párrafo tercero del artículo 12, llevando el contenido del artículo 65 del Código de 1870 al artículo 50. El Código de 1944, por su parte, conserva la misma fórmula, con la única diferencia respecto de su inmediato antecesor, de no distinguir, en lo tocante al artículo 50, si el delito ejecutado tenía mayor o menor pena, siendo únicamente relevante, a efectos de su aplicación, que el delito sea distinto (para un mayor estudio de la historia del versari. Vid. HUERTA FERRER, La relación de causalidad pags. 328 y ss. Madrid 1978).

Del origen histórico del párrafo 3º del art.º 12 deriva el hecho de que la jurisprudencia se obtiene reiteradamente, y sin ningún fundamento legal en reservar la aplicación del artículo 50 a aquellos casos de error in persona (así, entre otras, las sentencias de 25-I-1909; 15-X-1942; 5-I-1944; 17-III-1947; 30-II-1949; 24-X-1951; 3-XI-1958; -- 13-XII-1959); doctrina jurisprudencial rota por la sentencia de 30 -III-1973, que aplica el artículo 50 en un caso de lesiones con resultado de muerte. La interpretación jurisprudencial criticada es, -- sin embargo, defendida por CEREZO MIR, quien considera que, si de un acto inicial ilícito se deriva una consecuencia más grave no querida por el autor sin culpa ni intención de causarla) y que constituye delito distinto al pretendido por éste, no puede aplicarse la atenuante de preterintencionalidad de acuerdo con SILVELA, pero tampoco el artículo 50 -

dolo o de culpa (272) por la simple razón de que el sujeto activo, al dar comienzo a la ejecución de su conducta antijurídica, haya desencadenado mecanismos causales incontrolables perdiendo, por supuesto, el dominio de la acción (Tatherrschaft) y dando lugar a acontecimientos típicos que, si bien fortuitos, no tienen tal significación en el terreno de lo jurídico debido a la existencia legal

... por estar éste reservado a los casos de error en la persona o de aberratio iuris. La única solución, entonces, sería la de apreciar una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad (eximente incompleta por analogía con la prevista en el artículo 8, 8º). Este planteamiento, aparte de sug citar la vieja cuestión de si cabe crear eximentes por analogía, es mucho más complicado que el de aplicar la atenuante 2ª del artículo 9º para los casos de progresión, y el artículo 50 para aquellos en los que haya habido desviación. (véd. CEREZO MIR, el versari in re illicita. ADPCP 1962 pgs. 58 y 59. Del mismo autor, el versari in re illicita y el párrafo 3º del artículo 340 bis del Código Penal, en ADPCP de 1970, pag. 294.

(271) FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal. - Tomo I. pag. 30. Madrid 1956.

(272) Vid. RODRIGUEZ DEVESA (Parte General cit. pg. 536). "La doctrina española y la jurisprudencia exceden de los límites de una interpretación liberal cuando infieren del párrafo 3º que el delito que no se tenía el propósito de cometer y efectivamente se comete es siempre doloso".

de licitud del acto inicial inserta en el artículo 8.82. (273).

¿Cuales son, en síntesis, los elementos que concurren a la concreción del versari?

RODRIGUEZ MOURULLO (274) los reduce a los siguientes:

- Conducta inicial dolosa. (275)
- Causación de un único mal (276)
- El mal causado ha de ser distinto de aquel que se había propuesto al agente.

(273) Salvo que se adopte la ya citada interpretación de CERES0, que postula la apreciación de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad (caso fortuito supralegal) para los casos de resultado imprevisible derivado de una acción inicialmente ilícita (partiendo, para ello, de la base de que el artículo 8.82 no contempla todas las hipótesis posibles de caso). vid. nota 149.

(274) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios.I.cit.pag. 48-49.

(275) Parece ser que queda excluida la conducta - inicial culposa según aquella interpretación que vé en el término "voluntarias" un sinónimo de dolosas (vid. ANTON ONECA. Tratado cit. pag. 203. Madrid 1949). FERRER SAMA (Comentarios. I. cit. pag. 29; RODRIGUEZ DEVESA. Parte General. cit. pag. 286 En contra de esta interpretación, CORDOBA RODA. Comentarios. I. cit.pag. 24. interpreta la volunta-

Dichos elementos coinciden esencialmente con los integrantes de otros institutos penales; así

... riedad "no como querer del resultado, sino como voluntad referida-opuesta- a la norma, ya a la prohibitiva del hecho típico (en las conductas dolosas), ya al deber de cuidado (en las culposas); de acuerdo con esta tesis, y con aquella que considera que la voluntad lo es de la acción, sin referirse aún al resultado, no habría inconveniente en considerar que la acción inicial del versari - puede ser también de índole culposa. Sin embargo, esto produciría una extensión de un tipo que, en todo caso, hay que limitar...

(276) Si se acepta este requisito, tendría razón RODRIGUEZ DEVESA (Parte General, cit. pag. 536), al afirmar "que se exige que el delito que se pretendía ejecutar no se haya ejecutado", quedando - fuera del ámbito del artículo 1º párrafo tercero "los casos en los que el sujeto consuma el delito que se había propuesto y además otro distinto, y no aquellos en los que el delito propuesto queda en grado de tentativa o frustración y se comete - otro distinto" (vid. en el mismo sentido RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios I. cit. pag. 49). Admitir esto nos llevaría, en el tipo objeto de nuestro estudio, a derivar del versari la responsabilidad criminal originada por una tentativa de aborto con resultado de muerte (mal dñca), mientras que no - podríamos referir al versari aquellas hipótesis - de aborto consumado más muerte-lesiones graves de la embarazada. Con lo que habríamos de llegar a - la conclusión lógica de que los delitos cualificados por el resultado, como el que nos ocupa, son unas veces encarnaciones del versari (y, por lo - tanto, de la responsabilidad objetiva) y otras no, según haya uno o varios resultados lesivos, lo - cual resultaría incongruente.

la preterintención, el error, y los delitos cualificados por el resultado pueden cobijarse bajo el manto común de un principio aún más genérico que el *versari* (puesto que lo incluye): el de la responsabilidad objetiva (277).

(227) La idea de una responsabilidad de matiz objetivo surge en los Derechos primitivos (particularmente en los de raíz germánica) y se consolida a lo largo de la Edad Media: según ésta, el delito consiste en la producción antijurídica de un resultado dañoso que acarrea "per se" la responsabilidad criminal, prescindiendo de todo análisis del elemento subjetivo (vid. PEREDA, Vestigios actuales de responsabilidad objetiva, ADPCP. 1956. pgs 213-227; JIMENEZ DE ASUA, Tratado. VI. Pgs. 287 y ss. Buenos Aires 1962). ANTOLISEI, observa como característica principal de la responsabilidad objetiva la imputación de un resultado al sujeto sobre la base única de la existencia de una relación de causalidad, independientemente de que concurren dolo y culpa y prescindiendo, por lo tanto, de toda indagación sobre la actitud psíquica del sujeto respecto del resultado ocasionado. (Manual.cit.pgs 282 y ss) QUINTANO RIPOLLES ve en la noción de responsabilidad objetiva un claro atentado contra el principio de culpabilidad, "gala y prez del pensamiento penal moderno" (Compendio de Derecho Penal pag. 190. Madrid 1958). Para eludir tan bárbara idea se han construido, por parte sobre todo de autores italianos, diversas teorías que intentan cubrir de valoración subjetiva el juicio de reproche que, de otra manera, no podría justificarse sino desde un punto de vista meramente objetivo: así la teoría de la culpa levisima de BATTAGLINI

Una vez entrevistado el párrafo tercero del artículo 12 como un fiel exponente de la idea de responsabilidad objetiva, pasemos a considerar los -

.... quien, a pesar de reconocer que en tales casos no se da una voluntad dirigida al evento, mantiene la concurrencia de una voluntad indirecta o voluntad "in causa" (Diritto Penale. Parte General. 3ª ed. pag. 252. Padova 1949). Vid. del mismo autor: - "La questione de la responsabilità oggettiva del diritto penale. Rivista Penale. 1936. pag. 14. Otras teorías sostienen que el agente debió prever aún cuando no previó, siendo esta representabilidad - del evento la base del juicio de reproche (CAVALLO La responsabilità oggettiva. Napoli 1937; RICIO. I delitti aggravati dell'evento. Napoli 1936); hay autores que parten de una presunción de culpa, ya que el sujeto debió prever lo que el legislador ha previsto (ALTAVILLA. La culpa. pag. 112) citado - por VITALE en La Preterintenzione. pag. 84. Milano 1956; Ha. RENDE. I delitti con doppio evento. Rivista penale pags. 15-16. 1938); PIACENZA. Teoria della responsabilità e della punibilità aggettiva Roma, Il nuovo diritto 1938) presunción cuya prueba en contra admite DELITALA. Otros, por último, justifican la responsabilidad objetiva alegando razones de política criminal: así la teoría de la responsabilidad social que sostiene que principios - de defensa social y de prevención del delito son los que hacen surgir la responsabilidad objetiva, o la de VANNINI que la basa en la dificultad de obtener la prueba de la culpabilidad del agente en algunos delitos.

ADAMI (Le conseguenze non volute del reato - Giustizia Penale 1969. II. col. 783) critica las razones de política criminal que llevan a hacer -

institutos penales supramencionados en los que se pueden vislumbrar huellas de tal arcano.

1.- EL VERSARI IN RE ILLICITA Y LA PRETERINTENCION

La doctrina penal española (en forma prácticamente unánime) considera que la atenuante 4ª del artículo 92, introductora en nuestro Código de la figura de la preterintencionalidad, no es sino un desarrollo, un reconocimiento legal del versari - (278).

.... responder al agente a título de dolo por las consecuencias derivadas de la conducta inicial que será justo tener en cuenta a la hora de aplicar - la pena, pero no para cambiar el título del delito. Todas estas concepciones pecan del mismo defecto: presumen la culpabilidad allá donde puede faltar; por ello nos parecen torpes intentos de disfrazar lo evidente: que estamos en presencia de una responsabilidad por el resultado mantenido por motivos puramente históricos, como dice ALIOTTA (La responsabilità obiettiva penale nella sue genesi storica. Rivista di diritto penitenziario. III -- pgs. 764 y ss. 1942).

(278) Vid. RODRIGUEZ MUÑOZ. Notas al Tratado de - MEZGER. Tomo II. cit. pag. 37; en el mismo sentido: SALDAÑA. Comentarios científicos prácticos al Código penal de 1870, vol. I. pags. 497 y ss. Madrid 1920; FERRER SAMA. Comentarios. cit. Tomo I. pag. 30.

En efecto, dicha circunstancia prevé una atenuante de la pena "cuando el delincuente no haya - tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". Del análisis del precepto citado extraemos las siguientes conclusiones:

a) El sujeto activo es objeto del juicio de reproche porque su intención iba encaminada a la lesión de un interés jurídicamente protegido, y, por ende, a la producción de un resultado antijurídico.

b) El resultado pretendido por el agente no ha tenido lugar. (279).

c) En cambio se produce otro resultado antijurídico, no querido por el sujeto activo; y más grave que el propuesto.

d) Entre la acción inicialmente emprendida por el agente y el resultado realmente acaecido se da un nexo causal (280).

(279) Esta conclusión nos servirá para, en su momento, analizar las posibles diferencias entre preter-intención y delitos cualificados por el resultado.

con los

(280) Coinciden estos requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial. vid. STS 17-XI-1975. citando sentencias anteriores.

Como puede observarse, los elementos ya aprehendidos en el análisis del versari se reiteran en la preterintención, con la consecuencia de que se le imputen al autor, a título de dolo, las derivaciones no queridas de su actividad criminal.

Nuevamente toma aquí cuerpo la idea de responsabilidad objetiva ya que la mera relación de causa a efecto entre la acción inicial ilícita y el resultado hace surgir la imputación que de éste último se hace al autor de aquella. No se tienen en cuenta matices culpabilistas algunos ya que nada abona, según el texto legal, la interpretación según la cual se exigiría previsibilidad para poderle achacar al agente el resultado más grave.

a) Naturaleza jurídica de la preterintención.

Respecto de cuál sea la naturaleza de la preterintención, se han elaborado muchas y muy diversas teorías, desarrolladas, en su mayor parte, por autores italianos (dado que el Código Penal italiano, a diferencia del nuestro, contiene, en su art. 43, una referencia directa a dicha categoría conceptual: "el delito es preterintencional o más allá de la intención cuando de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el querido por el agente")

La cuestión depende, en definitiva, de la respuesta que debemos a la pregunta de qué matis culpabilista se tiene en cuenta a la hora de calificar una conducta como preterintencional.

En su monografía, sobre el tema, VITALE nos ofrece todo un repertorio de posibilidades: en el delito preterintencional, el resultado puede serle atribuido al agente a título de caso, de culpa, de cuasi-dolo, de dolo in genere, de dolo tácito o implícito o de dolo presunto (281).

La primera de estas opciones, la de preterintención como "mixto de dolo y caso", es defendida por autores de la talla de ANTOLISEI, (282) ALTAVILLA (283), GALLI (284), GROSSO ((285), FROSALI --

(281) VITALE. La preterintenzione. pags. 37 y ss. Milano 1956.

(282) ANTOLISEI. Tratado. cit. pags. 282 y ss; vid. del mismo autor: La preterintenzionalità nelle lesioni personali. Rivista di diritto e procedura penale 1914. II. pags. 683 y ss).

(283) ALTAVILLA. Lineamenti di Diritto Criminale. 2ª ed. pag. 205. Napoli 1932.

(284) GALLI. La responsabilità penale per le conseguenze non volute di una condotta dolosa. Milano 1949

(285) GROSSO. Struttura e sistematica dei "così detti" delitti aggravati dall'evento. Rivista italiana di Diritto Penale 1963. pag. 490.

(286), MANZINI (287), SANTORO (288), y PAOLI (289) resumiendo sus puntos de vista, podemos decir que éstos se basan en dos ideas fundamentales:

1) Negación de la exigencia de previsibilidad para poder imputar un resultado a título de preter intención.

2) Afirmación de que la imputación se origina a partir de la mera presencia de una relación de causalidad material entre la acción principal y el resultado mas allá de la intención, de suerte que, según ALTAVILLA (290), únicamente la interrupción de la relación de causalidad podría provocar que el autor del delito principal no respondiera del - resultado mas grave, fortuitamente ocasionado.

(286) FROSALI. I reati preterintenzionali. Giustizia Penale. 1947. Tomo II. col. 579.

(287) MANZINI. Trattato. I. 2ª ed. pag. 92. Torino 1961

(288) SANTORO. Manuale di Diritto Penale. I. pag. 45. Torino 1958.

(289) PAOLI. Dolo preterintenzionale e colpa. L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni. Rivista italiana di Diritto Penale 1932. V. pag. 656.

(290) ALTAVILLA. "Preterintenzionalità" en Nuovo Digesto italiano. Tomo IX. pag. 354. Torino 1939.

La segunda de las opciones, la de la preterintención como "mixto de dolo a culpa" tiene sus partidarios en VANNINI (291), FINZI (292), RENDE (293) y, en general en todos aquellos autores que niegan la supervivencia de la responsabilidad objetiva en el derecho italiano, partiendo, para ello, de presunciones de culpa. Esta teoría arranca de la de la "culpa dolo determinata" de FEUERBACH, según la cual si de una conducta delictuosa dirigida a la producción de un determinado resultado, se deriva en la realidad un resultado mas grave no querido pero previsto, o que hubiera podido preverse, hay dolo respecto de la lesión jurídica que se quiso causar, y culpa respecto de aquella sobrevenida -- sin la intención del agente. Aún cuando la idea de la previsibilidad del resultado está en la base de esta teoría, lo cierto es que aquella se presume -- por el mero hecho de que el autor de la acción -- principal ha violado la ley, por lo que, en muchas ocasiones, se estará intentando transformar una -- responsabilidad objetiva en culposa, a través de una inaceptable ficción de culpa.

(291) VANNINI. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale. pag. 114. Firenze 1948.

(292) FINZI. Il delitto preterintenzionale. Torino 1925.

(293) RENDE. I delitti con doppio evento. Rivista Penale 1938. cit. pag. 9.

Otras teorías justifican la imputación del - resultado más grave no ya a título de culpa, sino en cuanto a referido al dolo; la postura mas frecuente es la de aquellos que piensan que se da un dolo eventual puesto que el agente prevé el resultado ulterior y, aunque no lo desea directamente, tampoco deja de desarlo. Próxima a ésta visión es tá la sustentada por DE MARSICO, con su teoría de la "volontá labiscente", según la cual, "el suje to actúa queriendo únicamente evento menos grave pero sin que la previsión, aun lejana de que sobre venga el más grave le impida actuar. El evento más grave no es querido, pero tampoco deja de serlo; - es por ello que está en las antípodas del caso y fuera de la culpa, es los márgenes de la voluntad. La voluntad no constituye el núcleo del delito -- preterintencional, pero lo inviste, lo roza" (294).

Hay, finalmente, una postura ecléctica que, - no obstante admitir la no exigencia de previsibili dad en cuanto al resultado mas grave, niega la im putación de éste a título de responsabilidad obje tiva, alegando que el artículo 42 del Código penal italiano regula la preterintención en su párrafo ^{objetiva} segundo, en tanto que la responsabilidad está in serta en el párrafo tercero, lo que lleva a CERVALLIO

(294) DE MARSICO. Diritto penale. Parte Generale. pag. 209. Napoli 1969.

a deducir que "la preterintención es una forma mixta de culpabilidad menos grave que el dolo y más grave que la culpa". (295)

Examinada, en los párrafos anteriores, la doctrina italiana sobre la Naturaleza jurídica de la preterintención, veamos ahora cual es la opinión de nuestros autores al respecto.

Son partidarios de que la preterintención es una combinación de dolo y caso RODRIGUEZ MOURULLO (296), y CUELLO CALON (para quien la atenuante -- cuarta tal y como está redactada en nuestro Código no es sino un criterio de responsabilidad objetiva, que únicamente podrá evitarse a base de exigir previsibilidad del resultado más grave (297)), y GIMBERNAT, cuyas palabras reproducidas textualmente: - "en algunos delitos cualificados, como en el homicidio preterintencional y en el robo con homicidio, se le imputan al autor resultados imprevisibles; - en esto se diferencia ya (por lo menos respecto de algunos delitos) la responsabilidad por el resultado de la responsabilidad por imprudencia (en la - que sólo se imputan los resultados previsibles (298).

(295) SAVALLO. Diritto Penale. Parte Generale. Vol III. pag. 331. Napoli. 1962.

(296) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. Tomo I. cit. pags. 445 y 446.

(297) CUELLO CALON. Derecho Penal. Parte General. 17ª ed. pag. 470. Barcelona 1975.

(298) GIMBERNAT. Delitos cualificados por el resultado... cit. pag. 163. nota nº 141.

La tesis que vé en la preterintención una combinación de dolo y culpa es mantenida por JIMENEZ DE ASUA "Siempre que se reclama previsibilidad" -- (299).

ANTON ONECA, por su parte, sostiene una postura ecléctica al distinguir entre una teoría subjetiva de la preterintención, según la cual sólo podrían imputarse aquellas consecuencias de una conducta dolosa que hubiesen sido previsibles (en cuyo caso cabría considerar que la preterintención es una alianza de dolo y culpa), y una teoría objetiva, que afirmaría la responsabilidad por todas las consecuencias del acto ilícito, aunque sean - fortuitas (resultando entonces la preterintencionalidad un claro exponente de responsabilidad objetiva) (300).

Por último, llevándose la preterintención al terreno del dolo QUINTANO RIPOLLES intenta justificar la imputación del resultado mas grave a base de la superada doctrina del dolo indirecto, considerando que la preterintencionalidad no es sino -- una forma dagnática del mismo (301); opinión a -- nuestro juicio equivocada ya que dicha clase de - dolo se caracteriza porque las consecuencias van -

(299) JIMENES DEASUA. Tratado. VI. cit.pg.148 yss.

(300) ANTON ONECA. Tratado. cit. pag. 228.

(301) QUINTANO RIPOLLES. Compendio. cit. pag. 199

necesariamente unidas al propósito principal, cosa que no sucede en la preterintención.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto podríamos establecer las siguientes conclusiones:

Las hipótesis de configuración de la preterintención se reducen a dos:

1) Preterintención como complejo de dolo y culpa. No tendríamos inconveniente en abrazar esta teoría si no fuera porque la ley no exige la presencia de previsibilidad del resultado más grave. Es cierto que, en la mayoría de los casos, el agente pudo prever que de su conducta podrían derivarse consecuencias más graves que las queridas; pero no es menos cierto que dichas consecuencias se le imputan aún cuando hayan sido absolutamente imprevisibles por lo que, a los efectos de calificación a título de delito preterintencional, es indiferente la concurrencia o no del requisito de la previsibilidad.

2) Preterintención como complejo de dolo y caso. Partimos, en cuanto a la defensa de esta segunda posibilidad, de la ya mencionada falta de exigencia de previsibilidad respecto del resultado más grave. Hemos observado que, si bien en ocasiones dicho resultado puede ser referido, en cuan

to a reprochable, al autor de la acción principal, no es esta consieración de matiz culpabilista lo que lleva a calificar una conducta de preterintencional, sino que para ello se atiende sobre todo al resultado dañoso objetivamente producido en -- cuanto sea susceptible de enlace causal con la -- acción inicialmente ilícita. Tropezamos, una vez más, con nuestro conocido versari, del cual la -- preterintención no es sino una encarnación. Por -- lo tanto, mientras no se exija que los resultados mas graves hayan sido producidos, por lo menos, -- culposamente, (a la manera del § 56 del STGB), tendremos que mantener que la preterintención no es sino un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo que en un apartado posterior, habremos de analizar sus relaciones con otro instituto fiel a la misma idea: el de los delitos cualificados por el resultado.

b) Naturaleza jurídica de los delitos cualificados por el resultado.

Sobre la naturaleza de los delitos cualificados por el resultado se han elaborado así mismo, diferentes teorías. Unas exigen que, para poder -- proceder a la imputación del resultado mas grave, sea éste previsible (tesis defendida, principalmente, por autores alemanes). entre los que cabe des

tacar a FEUERBACH, MEZGER y SCHONKE SCHRODER, y que encuentran su realización en el actual parágrafo 56 del Strafgesetzbuch); otras, contemplando el Derecho positivo, deducen que, conforme a los textos vigentes, no cabe interpretar tal categoría de delitos sino en términos de responsabilidad objetiva (así LISZT, MAYER, MEZGER y LANG-HINRICHSEN antes de la Reforma del StGB). Una tercera dirección, sustentada por autores como VON HIPPEL y KOHLER; pretende justificar este tipo de responsabilidad en base a que el agente ha creado con su actuación, una situación de peligro de producción del resultado más grave, imputándosele éste por mor de una especie - de presunción de culpa "in abstracto" (302). Sintetizando las posturas expuestas, nos hallamos ante tres explicaciones distintas sobre la naturaleza jurídica de los delitos cualificados por el resultado: a) Delitos cualificados por el resultado como vestigios de responsabilidad objetiva; b) Delitos cualificados por el resultado como combinaciones - de dolo y culpa y c) Delitos cualificados por el resultado como delitos de peligro.

Dado que consideramos ya suficientemente analizada la primera de las opciones, vamos a afrontar el examen de las restantes.

(302) Autores citados todos ellos por JIMENEZ DE ASUA. Tratado. VI. cit. pag. 33.

La segunda es magistralmente expuesta por JESCHECK (303), aún cuando este autor considere que - el parágrafo 56 ha ido demasiado lejos al exigir - culpa (previsibilidad tanto objetiva como subjetiva) en vez de conformarse con una adecuación del - resultado con el peligro inserto en el tipo (previsibilidad objetiva) (304), y encuentra su expresión legal en el precitado artículo del Código penal - alemán que dice así: "Si la ley preve una pena agravada siempre que se produzca un resultado determinado, únicamente podrá imponersele este al autor - cuando haya provocado dicho resultado, cuando menos culposamente."

La doctrina alemana (con la excepción de ARTHUR KAUFMANN)⁽³⁰⁵⁾ ve en éste texto una superación de la hasta entonces (1953) vigente cualificación por el resultado, que se transforma en una combinación impropia de dolo y culpa (ya que en la combinación propia, la parte dolosa del conjunto no es en sí misma punible, comenzando el límite propio de la punibilidad con la realización de la parte culposa. (306)).

(303) JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. cit. pgs. 196 y ss.

(304) JESCHECK. Erfolgsdelikte. Niederschriften. Bd II. pags. 246 y ss. Berlín 1958.

(305) KAUFMANN. Das Schuldprinzip..cit.pgs. 240 y ss

(306) JESCHECK. Lehrbuch.. cit. pag. 197.

Ahora bien, ¿dónde radica la culpa exigida - respecto del resultado mas grave?: en el mismo de lito base doloso; en efecto, la acción base dolosa contiene en sí misma un germen de peligrosidad referida a la producción del resultado más grave. No cabe duda que si una persona, sabiéndose no capaci tada, inicia una qerración abortiva, no sólo está lesionando el bien jurídico protegido por el tipo del delito base (aborto), sino que infringe también el deber de cuidado, poniendo en peligro un segundo bien (vida e integridad corporal de la madre); la producción del resultado muerte-lesiones de la embarazada no sería, en tal caso, sino "la actuali zación del peligro potencial latente en el delito doloso" (307), con lo que enlazamos con la tercera de las teorías enunciadas, la que considera que -- nos hallamos ante verdaderos delitos de peligro -- (308), residiendo el peligro en la realización del tipo del delito base. El legislador añadiría una cualificación por el resultado únicamente en aquel los tipos que llevan consigo un peligro inmediato de ocasionar un resultado mas grave que el perse guido por el autor. Podría decirse que, en tales -

(307) BOLDT. Zur Struktur des Fahrlässigkeitstats. ZStW 1956 (nº 68) página 356 y ss.

(308) DEHLER. Das Erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt. ZStW 1957 (nº 69) pag. 503 y ss.

supuestos, existe una tendencia en la acción básica de ocasionar un resultado más grave que el perseguido por el autor. Según KAUFMANN, "el delito cualificado no sería una construcción compleja de acción dolosa y acción culposa unidas por una relación de causalidad, sino que se daría una relación estructural interna entre el tipo básico y la consecuencia agravada, la cual está contenida ya, como peligro específico (posible y previsible), en el tipo del delito base" (309). Mas ¿qué debemos entender por peligro? MEZGER nos lo define como -- "la posibilidad inmediata, la probabilidad cognitiva de producción de un determinado acontecimiento dañoso" (310). En el caso que nos ocupa, esta posibilidad debe residir en el mismo delito base, siendo imputable únicamente aquel resultado que cumpla el tipo de peligro establecido en el mismo.

La doctrina alemana contempla con simpatía la tesis según la cual los delitos cualificados por el resultado son, en definitiva, delitos de peligro; este punto de vista resulta totalmente lógico si consideramos que, de acuerdo con la actual regulación del párrafo 56, para que el resultado más grave pueda ser motivo de elevación de la pena es preciso que el autor haya obrado, al menos, culpo-

(309) A. KAUFMANN. Das Schuldprinzip... cit. pag. 243

(310) MEZGER. Tratado I. cit. pag. 252.

samente con respecto de dicho resultado (lo cual quiere decir que el resultado le era previsible - al autor y que su producción se debe a que éste - no ha puesto los medios necesarios para impedirlo) Dado que OEHLER (211) hace radicar la especialidad de los delitos cualificados por el resultado en el hecho de que en tal categoría de delitos el peligro de producción de un resultado más grave - es alto, y superior, desde luego, al existente en otras clases de delitos (peligro estimable) es de suponer que le será previsible al autor, por lo que queda cumplida la exigencia del parágrafo 56. En los supuestos de peligro imprevisible, o bien en éste atípico por no corresponderse con el peligro subyacente en el delito base, o bien no puede imputarse el resultado al autor de la acción principal por inexistencia de culpa.

Tanto la tesis que vé en el sentido cualificado por el resultado una combinación de dolo y - culpa, como la que lo considera un delito de peligro encajan perfectamente con legislaciones que, como la alemana, exigen culpa con respecto del resultado más grave. Resultan, sin embargo, difícilmente conciliables con nuestro texto penal que, -

(211) OEHLER, Das Erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt. cit. pags. 512 y ss.

no atendiendo a la culpabilidad, considera que la mera relación causal es suficiente para poder afirmar la responsabilidad del sujeto activo en relación con el resultado más grave. Por ello, aún cuando ambas teorías encajen o, incluso, estén en la base de determinados supuestos, quiebran rotundamente a la hora de explicar aquellos otros en los que el resultado cualificante no sólo no ha sido querido, sino que tampoco ha sido previsto (no dándose ni siquiera culpa sin representación); supuestos -- que permanecerían impunes en otras legislaciones y que en la nuestra son punibles a título de responsabilidad objetiva.

Veamos, pues, cual es el punto de vista de nuestra dogmática en relación con esta categoría de delito.

JIMENEZ DE ASUA, los define como "aquellos en los que la pena agravada se impone al autor por el simple hecho de haberse producido un resultado más grave, sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la previsión ni de la previsibilidad (312). Se trata

(312) JIMENEZ DE ASUA. Tratado VI. cit. pag. 22. vid. en el mismo sentido: QUINTANO RIPOLLES. Compendio, cit. pag. 191; RODRIGUEZ DEVESA. Parte General. cit. pag. 371 y GIMBERNAT. Delitos cualificados por el resultado. cit. pag. 173. nº 167.

pues, de tipos especialmente recogidos por la ley en los cuales se produce una agravación de la pena correspondiente al delito base cuando la acción en caminata a la producción del mismo acarrea un resultado mas grave que el deseado por el autor. Dejando momentáneamente de lado aquellas construcciones que intentan justificar la imputación de este resultado no previsto ni querido a través de la -- afirmación de un *dolus indirectus* o de un *dolus eventalis* de cuyo acierto o desacierto trataremos en otro lugar), hemos de concluir que, en los tipos aludidos, se prescinde de todo análisis de la culpabilidad del sujeto activo, cargándola con aquel resultado acaecido a través de una imprevisible -- (aunque no en todos los supuestos), y en muchos casos imprevista concatenación de circunstancias siempre que se demuestre la presencia de nexo causal -- entre éste y su actuación ilícita inicial.

De acuerdo con lo antedicho, podríamos esquematizar la estructura de los delitos en cuestión de la siguiente forma:

Acción -----	Nexo -----	Resultado -----	Previsible
inicial	causal	típico no	y previsto
ilícita		abarcado	(culpa o de
		por el dolo	lo eventual)
		del agente	Previsible y
		y más grave	no previsto
			(culpa).
			No previsible
			ni previsto
			(responsab.
			objetiva)

Esquema según el cual podemos afirmar que, si bien en algunos supuestos de delito cualificado por el resultado, éste era previsible y si el agente no lo previó fue por faltar a su deber de diligencia (con lo que podría acudirse a la referencia culpabilista), ello no obsta para que en otros muchos casos de imprevisibilidad se le impune igualmente dicho resultado. Dado que los tipos que incluyen cualificaciones por el resultado abarcan ambos supuestos, mantenemos nuestra tesis de que no son sino -- concreciones tipificadas de la idea de la responsabilidad objetiva.

c) Relaciones entre la preterintención y los delitos cualificados por el resultado. Como decíamos en otro lugar de este trabajo, tanto la preterintención cuanto la responsabilidad por el resultado son derivaciones de un mismo principio (el del

versari in re illicita), presentando sus respectivas estructuras un extraordinario paralelismo, ¿Por qué, entonces, se estudian como institutos diferentes?

Los criterios alegados por los autores que -- los distinguen son los siguientes:

1) mientras que en los delitos cualificados -- por el resultado no se tiene en cuenta si el resultado ha sido o no previsible, la preterintención -- exige la previsibilidad del resultado.

2) mientras que en los delitos cualificados -- por el resultado ~~más grave~~^{éste} lesiona un bien jurídico diferente de aquel cuya lesión persigue la acción principal, en la preterintención el resultado no es sino una agravación del daño perseguido por el tipo básico; el resultado efectivamente producido no constituye delito distinto, sino que estamos en presencia del mismo delito, cuantitativamente aumentado.

3) en tanto que en los delitos cualificados -- por el resultado se dan una pluralidad de resultados, en la preterintención el resultado es único, sobrevenido en vez de y no además de la consecuencia anti-jurídica perseguida por el autor.

Respecto del primero de los mencionados criterios, ya vimos al tratar de la naturaleza de la preterintención como hay autores que cifran su esencia en la concurrencia de una previsibilidad (demostrada o presunta). Ahora bien, ¿qué supone aceptar la exigencia de previsibilidad para que un supuesto - pueda ser conceptuado como preterintencional?. Fundamentalmente la siguiente: que habríamos de llegar entonces, a la conclusión de que la preterintención no es sino una combinación de dolo y culpa; así lo afirma JIMENEZ DE ASUA (313), quien niega que se - trate de una combinación de delito doloso y delito culposo, alegando que se trata, más bien de un delito único cuyo elemento subjetivo puede descomponerse en dos momentos diferenciados: uno de dolo en -- cuanto al hecho lesivo que se pretende realizar con intención y otro de culpa en orden al resultado más grave que se produce, quedando fuera de la preterintención aquellos supuestos de dolo inicial en los que no haya previsibilidad del resultado más grave, que, de no estar específicamente previstos en un tipo de delito cualificado, serían impues. La teoría es bella pero, desgraciadamente se vé desvirtuada en la práctica ya que los TRibunales inculpan constantemente, a título de preterintención, los resultados imprevisibles derivados de una acción inicial il

(313) JIMENEZ DE ASUA. Tratado VI.cit, pg. 148 y ss.

cita. Por otra parte, si la preterintención se basa en la previsibilidad, el delito cualificado por el resultado abarcaría los eventos imprevisibles, lo que tampoco sucede pues los tipos legales de cualificación por el resultado abarcan tanto hipótesis de resultado previsible o previsto cuanto de resultado fortuito.

El segundo de los criterios diferenciadores -- considera que mientras en el delito preterintencional se produce, en verdad, un resultado más grave -- que el querido por el agente que ofende al mismo -- bien jurídico contra el que iba dirigido el resultado menos grave (estando ambos resultados en la misma línea evolutiva-causal), en el delito cualificado por el resultado, el resultado es heterogéneo respecto del evento menos grave y no siempre responde a su línea evolutiva (314).

(314) Vid a este respecto: CAVALLO. Diritto penale, cit. pags. 327 y 328. PANNAIN. Manuale di Diritto Penale. Tomo I. 3ª ed. Parte Generale. pag. 329. Torino 1962, SANTORO. Manuale di Diritto Penale. Tomo I. cit. pag. 413; RANIERI. Manuale di Diritto Penale. Vol I. parte Generale. cit. pgs. 281-282. BATTAGLINI. Diritto Penale. Parte Generale. cit. pag. 251 VANNINI. Manuale. Parte Generale. cit. pag. 114 y ss RICCIO. Concorso di reati e delitti qualificati dall evento. Annali di Diritto Procedura Penale 1935. pg 212.

Esta tesis, en principio cierta, ya defendida por SILVELA (315), para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 9 circunstancia 4ª, quiebra también en la práctica en cuanto que nuestra jurisprudencia aplica dicha circunstancia al caso de lesiones con resultado de muerte, siendo así que los bienes jurídicos atacable y atacado son distintos.

En cuanto al último de los criterios expuestos según el mismo en el delito preterintencional, al - constituir el resultado ulterior una progresión respecto del resultado querido por el agente, éste sería absorbido por aquel con la consencuencia lógica de producción de un único resultado; en los delitos cualificados por el resultado, en cambio, habría - una pluralidad de resultados: el derivado de la acción principal y aquellos que fuesen consecuencia de la misma. En contra de esta tesis dice ANTOLISEI (316): "en realidad, aún cuando en el homicidio preterintencional hay un sólo resultado, éste es inexacto. La circunstancia de que el segundo resultado represente una especie de progresión respecto del primero no excluye que constituya delito distinto";

(315) SILVELA. El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. 3ª parte pg. 137. Madrid 1879.

(316) ANTOLISEI. Tratado. cit. pag. 286.

¿Podemos afirmar que en el delito preterintencional se dé siempre un único resultado?. Entendemos que el hecho de que, por ejemplo, en el homicidio preterintencional el resultado mortal englobe al elosivo no significa que ambos resultados no sean idealmente separables en el espacio y en el tiempo. Pero es que además tampoco es cierto que en los delitos cualificados por el resultado se den siempre dos eventos: lo que puede resultar válido al fijarnos en el complejo de aborto consumado más resultado de muerte no lo es si nos fijamos en que también se monta una cualificación en el supuesto de tentativa indónea de aborto con muerte o lesiones graves de la embarazada; en este último supuesto se da un único resultado (muerte-lesiones graves) y són embargo estamos ante un claro exponente de delito cualificado por el resultado. Hemos de concluir, pues, que tampoco este tercer criterio resulta definitivo a la hora de distinguir las categorías de la preterintención y del delito cualificado por el resultado.

Las extraordinarias semejanzas entrevistas llevan a parte de la doctrina italiana a propugnar una fusión de ambas categorías conceptuales (317): así:

(317) ALTAVILLA. "Preterintenzionalità". Nuevo Digesto. cit. pag. 352.

ANTOLISEI dice que "el delito preterintencional es sustancialmente un delito cualificado por el resultado, que se separa de tal categoría por un motivo totalmente extrínseco, porque el Código ha hecho de él un título de delito independiente por la frecuencia con que acaece" (318) mientras ZUCCALA piensa que son únicamente razones históricas y de comodidad legislativa las que pueden explicar la persistencia de la bipartición siendo racional unificar ambas categorías "siempre que se dé la producción de un - evento mas grave involuntario, con lo que deben incluirse como delitos preterintencionales todos aquellos en los cuales el evento más grave involuntario se deriva de una acción dolosa del agente" (319).

Todo lo anterior no hace sino corroborar nuestra tesis de que el delito cualificado por el resultado no es sino un delito preterintencional especialmente tipificado por razones de política legislativa. Se nos puede replicar que citamos autores italianos siendo así que la situación de la cuestión - en el Código Penal italiano (en el que, aún de --- ofrecerse una definición de la preterintención se -

(318) ANTOLISEI. Tratado cit. pag. 285.

(319) ZUCCALA. Il delitto preterintenzionale. pgs. 73 a 76.

regula, en el artículo 584, una hipótesis concreta de delito preterintencional), es distinta de la -- existente en nuestro ordenamiento; de acuerdo con éste hemos de citar la objeción formulada por RODRIGUEZ MUÑOZ (320) "la preterintencionalidad es cosa distinta del delito preterintencional, no -- siendo éste último sino una creación legal expresa". Según esta visión, no podríamos hablar en nuestro Derecho positivo de delito preterintencional, por no haber en él delitos preterintencionales expresamente tipificados como tales. Sin embargo, entendemos que, desde el momento en que se califican como dolosos los resultados no queridos procedentes de conductas inicialmente dolosas, aplicando, posteriormente, el correctivo de la atenuante de preterintencionalidad, se está dando lugar a delitos preterintencionales. Derivamos que es éste un procedimiento indirecto que, en vez de partir directamente de la imputación a título de delito preterintencional (al no existir tal categoría) da un rodeo calificando de delito doloso con la atenuante de preterintencionalidad. Y tanto de hablar del homicidio preterintencional tipificado en el artículo 584 del Código penal italiano cuanto del homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad de nuestra Jurisprudencia.

(320) RODRIGUEZ MUÑOZ. Notas a Tratado de Mezger. II pgs. 37 y 38.

Ahora bien, de lo afirmado surge el problema de la distinta consecuencia jurídica según se aplique el tipo correspondiente de delito cualificado por el resultado, o, por el contrario, al no estar específicamente tipificadas la hipótesis, se aplique la atenuante 4ª del artículo 9º, siendo así -- que el juego de ésta atenuante rebajará sensiblemente la pena. No se nos oculta esta objeción referi^{la}da, no a construcción técnica (que como hemos visto, es absolutamente pareja en ambos institutos) sino a la distinta consecuencia jurídica. Sin embargo, consideramos que tal diferencia en cuanto a la cantidad de la pena quedaría anulada si, en el delito cualificado por el resultado efectuamos idéntica rebaja a través de la aplicación 4ª mismo de la misma atenuante 4ª del artículo 9º. ¿Es esto posible?

d) Sobre la aplicación de la atenuante 4ª del artículo 9º al último párrafo del artículo 411.

Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que la atenuante 4ª del artículo 9º no puede aplicarse a los delitos cualificados por el resultado, en general (321), y al aborto con resultado de muerte-le

(321) Así, entre otros: STS de 16-X-1958; 14-VI-1961 3-XII-1964; 13-I-1965; 6-V-1968; y 13-VI-1969. (vid RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. Tomo I. cit. pag.

siones graves (como delito cualificado por el resultado que es) en particular (322). Las razones que se alegan para fundamentar la denegación de esta atenuante varían de sentencia en sentencia, pudiendo entresacarse las siguientes:

1) La atenuante de preterintencionalidad no se aprecia en los casos aludidos porque "los posibles trastornos fisiológicos propios del aborto - provocado, máxime por ser obra de manos inexpertas para tan delicada maniobra, lejos de significar algo imprevisto, representan una complicación frecuente contraria a la idea de la preterintencionalidad"(323).

Según este criterio jurisprudencial, "el sujeto debe responder a título de dolo, y sin que pueda beneficiarse de la atenuante de preterintencio-

(322) Vid. entre otras: STS de 19-XI-1948; 20-XII-1950; 9-VI-1954; 9-II-1955; 16-X-1958; 10-V-1963; 13-I-1965; 16-VI-1966; 21-X-1970; 14-II-1972; 5-V-1972; 22-II-1973.

(323) STS de 9-VI-1954; vid en el mismo sentido de negar la atenuante por estimar que en todos los su puestos de aborto hay un riesgo de que se produzca los resultados previstos por el 'último párrafo - del artículo 411, lo que supone su previsibilidad: STS de 29-IX- y 20-I-1945 y 9-III-1947.

nalidad" (324). Con ello, no sólo se entra en contradicción con aquella visión que considera que la preterintención no es sino una composición de dolo y culpa (ya que la culpa implica previsibilidad del resultado, y según lo anteriormente dicho parece - que la preterintencionalidad es incompatible con la previsión), sino que se confunde la previsibilidad del resultado (culpa) con la aceptación (dolo esen tual), negándose el favor de la atenuante en todos aquellos casos en lo que el resultado haya sido -- previsto (equiparando los conceptos de previsión y aceptación) (325).

No puede justificarse de esta guisa la no -- apreciación de la atenuante en los supuestos previstos en el último párrafo del artículo 411, pues lo que ha sido previsto puede no haber sido aceptado. Por otra parte, la atenuante 4ª del artículo 9º "debe operar siempre que conste que el autor no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, aunque éste aparezca, desde el punto de vista objetivo, como consecuencia natural del acto ejecutado y fuese, por otra parte, previsible para el sujeto" (326).

(324) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. I. cit. pag. 444

(325) Ver ^{1a} confusión que mantiene CARRARA a este respecto en Derecho Criminal II. cit. & 1101, pgs. 83 y ss.

(326) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. I. cit. pag. 444

2) La segunda razón alegada por el Tribunal Supremo para rechazar la aplicación de la atenuante 1ª del artículo 9º a los supuestos de aborto o tentativa imposible de aborto cualificados por un resultado de muerte o lesiones, está basada en la ya mencionada doctrina del dolo eventual, y vendría expresada en los siguientes términos: "el dolo eventual que concurre por la muerte o lesiones graves de la abortada... no es susceptible de graduación en más o menos intensidad y extensión a efectos de apreciar la atenuante de preterintencionalidad porque, como dolo indirecto que es, queda embebido o formando parte del dolo de propósito o directo del aborto, que trasciende a todas las consecuencias dañosas del complejo así creado" (227).

Esta configuración, aparte de arrancar de una lamentable confusión (ya denunciada en estas páginas) entre las categorías del dolo indirecto y -- del dolo eventual, sienta, a nuestro modo de ver, una doctrina errónea ya que si, como se dice, el dolo eventual queda embebido en el dolo indirecto, éste último si admite graduación. Para negar este graduación habría que separar el dolo de la acción

(227) STS de 20-XII-1970; Vid. en el mismo sentido STS de 19-XI-1948; 29-IX-1945 y 23-III-1953.

inicial (graduable) del dolo eventual (la aceptación se da o no se da: no admite graduación), con lo que nos desviaríamos de la tesis en cuestión. Por otra parte, conforme dijimos anteriormente, la tesis jurisprudencial expuesta no puede sostenerse en todos los casos ya que el argumento en el que descansa quiebra en aquellos supuestos en los que no fuera detectable la presencia de un dolo eventual respecto del resultado de muerte o lesiones.

3) Como tercer argumento para denegar la apreciación de la atenuante, el Tribunal Supremo mantiene, en últimos fallos, que el párrafo último -- del artículo 411 constituye un supuesto de responsabilidad objetiva o cualificación por el resultado, siendo así que la estructura de la preterintencionalidad es inaplicable a las infracciones de estructura objetiva.

En la sentencia de 16-X-1958, se razona así: "se declara inaplicable a los casos tratado en el párrafo último del artículo 411 la circunstancia 4ª del artículo 9º, ya que si el párrafo de referencia señala una pena mas alta cuando a consecuencia de los manejos de otra persona se produzca la muerte o lesiones graves de la mujer, la ley no pretende así castigar la intencionalidad del agente respecto de los males sobrevenidos o de carácter even

tual, los cuales al buscarse de propósito, merecerían represión aún mayor, sino que sólo se amplían las medidas sancionadoras con vista del resultado siquiera supere las proporciones de la intención" (328).

Nos parece que este razonamiento es falaz ya que, si bien es cierto que los delitos cualificados por el resultado prescinden del análisis de la culpabilidad, también lo es el que las lesiones seguidas de muerte del lesionado no querida por el autor, se han venido castigando (con alguna reciente excepción) por este mismo Tribunal como homicidio doloso (responsabilidad objetiva o por el resultado realmente producido), lo que no obsta para que luego se tanizase esta responsabilidad objetiva a través de la aplicación de la atenuante 1ª - del artículo 92, dando así lugar a la aparición, atípica en nuestro derecho, de la figura del homicidio preterintencional. ¿Quizá lo que mantenga el Tribunal Supremo sea algo tan contradictorio como lo es el que no se aplique la mencionada atenuante a supuestos tipificados de responsabilidad objetiva, utilizándola, en cambio, para paliar la responsabilidad emanada de aquellos otros, no previstos expresamente como delitos cualificados por el resultado, pero que, en definitiva, aparecen como tales?

(328) Vid. en el mismo sentido STS de 10-V-1963; 14-II-1972 y 17-XI-1975.

4) También siguiendo la conocida tesis de SILVELA, se puede llegar a la denegación de esta atenuante en supuestos de delitos cualificados por el resultado. En efecto, SILVELA propugna la aplicación de la circunstancia en aquellos casos en los que el resultado querido y el realmente acaecido - atenten al mismo bien jurídico, variando la cantidad de lesión inferida al mismo, pero no la calidad.

Es evidente que en el aborto con resultado de muerte o lesiones graves no se da esta progresión, sino una verdadera desviación de la resolución inicial, por lo que, de acuerdo con lo anteriormente dicho, habría de negarse la apreciación de la atenuante de preterintencionalidad.

¿Y el artículo 50 ? ¿Podría aplicarse en tal caso?.

SILVELA ciñe la virtualidad del artículo 50 a los casos de desviación, por lo que en principio podríamos pensar en su apreciación. A ello se opone, sin embargo, la exigencia que parece contenerse en el texto de este artículo de producción de un único - resultado (329). Por otra parte, en contra de la -

(329) Lo que dejaría en pie el tema en los casos de tentativa de aborto con resultado de muerte o lesiones, aún cuando RODRIGUEZ MOURULLO considere que en la tentativa hay ya un resultado de puesta en peligro del bien jurídico (Comentarios, I.cit.pag.462).

pretendida aplicación del artículo 50 juega también el que dicho precepto carece de eficacia en aquellos casos en los que el delito propuesto y el realmente acaecido forman un todo inseparable, fruto de su específica tipificación como delito cualificado por el resultado.

5) Como último ratio para deestimar la atenuante, podría invocarse el principio del "non bis in idem", lo que hace la sentencia de 13-I-1965 que deniega la atenuante en un caso de aborto con resultado de muerte porque "en el (último párrafo del art. 411) se estructura de por sí una figura de homicidio preterintencional típico" y "por consiguiente no puede operar por segunda vez, y ya en plano de circunstancia, la atenuante de preterintencionalidad" (330).

Este argumento parece descansar en la idea de que, atenuada^{ya} la muerte o lesiones graves mediante la expresa tipificación como delito cualificado por el resultado (cuya pena es inferior a la que resultaría de estimar concurso entre homicidio doloso y aborto doloso), la preterintención agota ahí su pa

(330) Véase en el mismo sentido: STS de 13-VI-1969 y 5-V-1972. QUINTANO RIPOLLES estima que "en cierto modo, como todas las formas cualificadas por el resultado, constituye una forma de preterintención tipificada" (Tratado. Parte Especial. Tomo I. Vol. I cit. pag. 641)

pel atenuante y no puede volver a operar sobre su misma faz.

El razonamiento nos parece, en principio, correcto en cuanto que también nosotros denegamos la posibilidad de aplicación de la atenuante 4ª del artículo 9º por considerar que de apreciarla, se vulneraría el principio del "non bis in idem". Ahora bien, aquí se acaban todas las semejanzas entre la argumentación del Supremo y la nuestra, puesto que consideramos que la repetición no consistía en atenuar dos veces lo mismo, sino en agravarlo dos veces.

En efecto, creemos haber demostrado en páginas anteriores que la atenuante de preterintencionalidad es, en nuestro derecho, una gran falacia, pues su existencia obliga a calificar por el resultado más grave producido (ya que, de lo contrario, la atenuante no tendría sentido alguno), en atención al tan traído y llevado versari. Si, por razones de política criminal, extraemos de la realidad un supuesto de preterintención y, mediante su expresa tipificación, lo convertimos en delito cualificado por el resultado, la idea base de la atenuante de preterintencionalidad ha cumplido ya su rol. Aplicar al tipo así surgido la atenuante 4ª del -

artículo 9º supondría resaltar la idea de que el - agente ha de responder por el resultado que, con acción su inicial, ha desencadenado, lo que ya viene dado por el tipo en cuestión.

Sin embargo, la misma falacia de la inclusión de la preterintención como atenuante, y no como forma de culpabilidad, puede llevarnos a utilizar sus efecto, estimando que no hay bis in idem puesto que la preterintención inserta en el tipo, y -- que le sirve de base, cumple una función agravadora de la responsabilidad, mientras que la atenuante, como su propio nombre indica, rebaja la responsabilidad, siendo así que no puede decirse que haya repetición (y sí contradicción) entre un efecto agravatorio y otro atenuante.

Por ello, y sin que ^{ello} obste para que nuestra crítica a la estructura de la preterintención se mantenga, la misma aberración de la cualificación por el resultado nos hace sostener, en contra de doctrina y jurisprudencia, y movidos por criterios - eminentemente pragmáticos, la posibilidad de aplicación de la atenuante de preterintencionalidad al último párrafo del artículo 411, siempre, naturalmente, desde una óptica interpretativa de lege data.

B) NATURALEZA JURIDICA DEL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.

Una vez examinada la estructura y problemática de los delitos cualificados por el resultado, así como sus afinidades con la preterintención, no queda sino adecuarla a nuestro objeto de estudio con el fin de determinar si el aborto con resultado de muerte o lesiones graves cumple los requisitos que llevarían a englobarse dentro de dicha categoría delictiva.

Contemplemos la estructura del tipo; nos encontramos con un hecho típico de aborto doloso (acción inicial ilícita), acompañado de una consecuencia más grave no querida por el agente (331), y -- con un nexo causal que interrelaciona a ésta con -- aquel. Hasta aquí, el esquema del tipo resulta -- idéntico al ya estudiado respecto de los delitos -- cualificados por el resultado, ¿Podemos decir lo mismo en cuanto al carácter de responsabilidad objetiva presente en toda hipótesis de cualificación por el resultado?. ¿Puede afirmarse que en el mencionado supuesto falta toda referencia a la culpabilidad, basándose la incriminación en la mera concurrencia de una relación causal?.

(331) Si la consecuencia fuese querida, no habría lugar a la tipificación por el último párrafo del artículo 411, y sí a un concurso de aborto y asesinato, (por concurrencia de la agravante de alevosía)

El punto es controvertido y ha motivado diferentes tomas de postura por parte de los autores; las distintas opiniones puedan sintetizarse en -- tres tesis fundamentales:

a) El aborto con resultado de muerte o lesiones graves es un complejo de dolo con respecto del resultado de aborto, y dolo eventual o culpa consciente con respecto del resultado ulterior.

b) El aborto con resultado de muerte, o lesiones graves es un delito preterintencional.

c) El aborto con resultado de muerte o lesiones graves es un supuesto de responsabilidad objetiva.

Junto a las cuales cabe citar la sustancia -- por FERRER SAMA que configura tal hipótesis como un caso de delito complejo, y que no incluimos en la clasificación anterior por no tratar de la ausencia o presencia de culpabilidad referida al resultado grave, constituyendo, más bien, un problema de delimitación técnica. (332).

(332) FERRER SAMA)Comentarios. Tomo IV. cit.pag. 312) alega que "como quiera que nos encontramos ante dos resultados causados por la conducta del autor cuales son un aborto y una muerte (o unas lesiones graves)

1) LA TESIS DEL DOLO EVENTUAL

Pasemos a continuación al examen de los distintos puntos de vista enunciados.

... nes) y ambos siempre habrían de ser punibles por separado en todo caso, no cabe la menor duda de que la consideración que merece la figura que comentamos es la de delito complejo". A ésta tesis cabe hacer las siguientes observaciones; en primer lugar, si partimos de la idea (ya expuesta en otro lugar de este trabajo) de que el delito imposible de aborto por inexistencia del objeto, sin resultados letales o lesivos para la embarazada, es impune, entonces en el caso de prácticas abortivas sobre mujer no encinta creyéndola embarazada no habría dos delitos punibles "per se" - pues el de aborto imposible no sería punible, alcanzando su valor penal únicamente mediante la coconurrencia del segundo; pero es que además, como dice DELITALA "en los delitos complejos... a la doble lesión corresponde una doble manifestación de voluntad (Il fatto nella teoria generale del reato, pag. 176. Padova 1930; vid. en el mismo sentido: RANIERI. Delitti aggravati dall'evento - a reato complesse. Scuola Positiva 1947. par. 243 RICCIO. Concorso di reati e delitti qualificati dell'evento. Annali di Diritto e Procedura Penale 1935, pag. 666); RENDE. I delitti con doppio evento. Rivista Penale 1938, pag. 11) siendo así que, en los delitos cualificados por el resultado falta por definición la voluntad referida al resultado mas grave, Una postura ecléctica sería la mantenida por DEL ROSAL, Cobo y RODRIGUEZ MOURULLO que estiman que aún considerando que el párrafo aludido constituye una hipótesis de delito complejo, éste no excluye la apreciación de delito cualificado ya que ambas no resultan incompatibles. (Delitos contra las personas. cit. pag. 361).

La tesis del dolo eventual es grata a nuestra jurisprudencia para justificar la imputación del resultado mas grave, y negar la responsabilidad objetiva (333). Tal postura probablemente tenga su origen en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1941 que decía así: "En la ley precedente de muerte sobrevenida determina la agravación de la pena cuando mediara imprudencia (334), es decir, tenía el evento la consideración del delito culposos. Mas como éste se caracteriza a este

(333) Así, entre otras, las STS de 5-VII-1945 dice que "el presente precepto sanciona tres supuestos de hecho distintos entre sí, donde aparte del propósito delictivo, su autor responde por la doctrina del dolo eventual de la muerte o lesiones graves - que sobrevinieran, sin el deseo directo de causarlas, aunque sí con vistas de los riesgos que entrañan los medios puestos en práctica con ánimo de -- producir el aborto". Vid. en el mismo sentido las STS de 10-XI-1948; 20-XII-1950; 1-VII-1955; 10-V-1960; 5-X-1962; 28-XI-1963; 22-III-1966 y 13-VI-1969.

(334) El artículo 417 párrafo último del Código de 1932 decía así: "cuando a consecuencia de aborto, resultare la muerte de la mujer embarazada, se impondrán las penas respectivas en su grado máximo, siempre que hubiere mediado imprudencia y no correspondiere mayor pena, conforme al artículo 558".

(335) Citada por DEL ROSAL en "Aborto con resultado muerte" cit. pg. 117.

respecto por la voluntaria falta de previsión del daño, y en estos casos su previsión como posible no puede faltar, parece indudable que se trata de un dolo eventual" (335).

Antes de pasar a la crítica de este intento de justificación, de lo que no es sino una injustificable cualificación por el resultado, conviene recordar qué ha de entenderse por dolo eventual, y cuales son sus caracteres, con el fin de verificar su concurrencia en el supuesto contemplado. RANIERI entiende que estamos en presencia de un dolo eventual "cuando el sujeto, queriendo el evento que está en su propósito, se representa como posible la realización de otro resultado que acore, juntamente con el evento directamente querido, en su voluntad, aceptando el riesgo" (336). De acuerdo con esta concepción, el dolo eventual vendría constituido por los siguientes elementos:

a) Intención dirigida a la producción de un determinado resultado.

b) Existencia de un riesgo de producción de un segundo resultado no directamente querido.

(336) RANIERI. Manuale. I. cit. pgs. 266-271.

c) Previsión (representación) por parte del sujeto de que la acción puesta en marcha por él pueda (337) acarrear un segundo resultado no querido.

d) Indiferencia ante la posibilidad de producción de este segundo resultado. (338).

En conclusión, es preferible causar el resultado antijurídico perseguido ~~y~~ evitar el representado como posible (339). No puede, por ello, hablarse de dolo eventual cuando "el autor crea errónea-

(337) Subrayamos el término "puede" para distinguir el dolo eventual del dolo indirecto, en el - que el resultado debe necesariamente sobrevenir.

(338) Algunos autores prefieren hablar de aceptación, pero nosotros consideramos que la actitud del agente ante la posibilidad de producción de este - segundo resultado es mas pasiva que activa, por lo que no estimamos correcto hablar de aceptación -- (pues éste término entraña una toma de postura), prefiriendo el término "indiferencia", con todo lo que de conducta omisiva (no impedir) supone.

(339) Lo que hace resaltar VON WIPPEL (Deutsches Strafrecht. II. cit. pag. 313): "haya dolo eventual cuando la producción del resultado antijurídico re presentado como posible fue para el autor mas queri da que la renuncia a su hecho".

mente que la acción dirigida a la evitación del resultado accesorio alcanzará con seguridad ese objetivo.. La voluntad de evitación excluye la aceptación de una voluntad de producción" (340).

De modo general y no exhaustivo (ya que no pretendemos en este lugar hacer una monografía sobre el dolo eventual), podemos sugerir en torno al tema dos tipos de cuestiones:

a) el problema de la inclusión del dolo eventual dentro de la esfera del dolo (341).

b) El problema de su deslinde respecto de la culpa consciente.

Respecto de la primera de las cuestiones enunciadas ha de resaltarse que, si bien no habría problema alguno en reconducir la categoría del dolo - eventual a la más genérica del dolo a partir de una teoría de la representación, la dificultad surge, sin embargo, si se parte de una visión volunta

(340) ARMIN KAUFMANN. El dolo eventual en la es--
trutura del delito. Traducido por SUAREZ MONTES
ADPCP 1960. pag. 195.

(341) Ya que, según KAUFMANN (El dolo eventual en la estructura del delito, cit. pag. 193) "lo que - hace falta es una doctrina unitaria del dolo que, según la estructura y criterios del mismo, determi-
ne también las fronteras de éste; no en cambio, - una doctrina especial del dolo eventual".

rista del dolo (342). Según GALLO, "o hay que renunciar a definir el dolo como voluntad del evento, o considerar que el dolo eventual, en lugar - de representar una forma de dolo, se identifica - con aquella particular especie de culpa que es la culpa consciente o culpa con representación" (343). Esta última afirmación nos lleva a la consideración del segundo de los problemas planteados: el de los límites entre el dolo eventual y la culpa consciente.

La doctrina dominante cifra tal distinción - en que el hecho de que, dándose en ambos una no - voluntad del resultado y una representación del - mismo, en el dolo eventual dicho resultado se considera como probable (se acepta), mientras que en la culpa consciente se confía en su no advenimiento - (344). Para ENGISCH, "una diferencia entre dolo --

(342) BRICOLA. Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo. pag. 29 nota 45. Milano 1960.

(343) GALLO. Il dolo oggetto e accertamento. in Studi Urbanati, XX, par. 221. Cit. por BECCARI .La - conseguenza non voluta, pg. 149. nota 81. Milano 1963

(344) QUINTANO RIPOLLES. Tratado de la Culpa. pg 168 Barcelona, 1958. Sin embargo, como el mismo autor comenta en otro lugar (culpa e imprudencia en la - doctrina y en la práctica. ADPCP 1954. pag. 66) La cuantía de la previsibilidad y aún de la temeridad no definen en nuestro Derecho positivo la culpa, ni

eventual y culpa consciente sólo puede encontrarse en un distinto grado de indiferencia" (345).

En nuestro ordenamiento jurídico-penal, el asunto se complica por razón de la "atipicidad" de la mencionada variante dolosa. Como dice FERRER SAMA, "En el texto del mismo (del Código) no se encuentra ningún precepto en el que pueda considerarse recogida la hipótesis de este grado de dolo. Tampoco en los comentaristas y en el Jurisprudencia española encontramos una base de orientación respecto a la noción del mismo. En un intento de encajar su concepto dentro del marco de nuestro Código penal tendríamos que seguir necesariamente uno de los caminos siguientes:

.... la diferencia siquiera del dolo perfecto o eventual. El caso del aborto homicida del 411 es suficientemente elocuente a este propósito. Ocasionado el aborto voluntario con la máxima pericia ginecológica y precauciones higiénicas, si la muerte sobreviene hay dolo, en cambio, si falta la intención criminal previa y la más ignorante de las campesinas manipula temerariamente para asistir al parto, ocasionando la muerte... existiría homicidio imprudente y no doloso, ni eventual siquiera."

(345) ENGISCH. Untersuchungen über, vorsatz und - Fahrlässigkeit. pag. 233. Berlín 1930.

12) Considerarle incluido en la amplia fórmula de la voluntariedad que nos da el artículo 12. Mas tal sistema sería incompatible con la interpretación que a los efectos del delito doloso se ha venido dando al término "voluntarias", ya que en el dolo eventual lo que existe es una voluntad indirecta, que está muy lejos de ser lo que según la opinión común encierran tales términos: "intención y "malicia".

22) Ante tal dificultad, podría pensarse en enmarcarlo no ya como tal dolo eventual, sino en el área de la culpa, en el artículo 558 (actualmente 565). Este último criterio significa una gran imperfección técnica al considerar como forma culposa lo que en puridad es dolo eventual" (346).

Aún no participando de la opinión que ve en el término "voluntarias" del artículo 12 el equivalente a "dolosas" (con lo cual no tendríamos, en principio, inconveniente en reconducir el dolus eventualis a dicho tipo al concebir que el mencionado término se refiere a voluntariedad de la acción y no del resultado), consideremos preferible

(346) FERRER SAMA. El error en el Derecho penal. - pag. 93. Murcia 1941.

la segunda de las opciones, siguiendo a RODRIGUEZ MUÑOZ, (347), atendiendo, sobre todo, a la extraordinaria dificultad de deslinde entre el dolo -- eventual y la culpa consciente, y a la relatividad de los criterios que con tal fin se han utilizado. Como dice NUÑEZ BARBERO, "tal diferenciación depende, a menudo, de elementos fugaces, de cambios difíciles de captar, y en definitiva, prácticamente, de la apreciación por parte del juez de rasgos y matizaciones casi imperceptibles en relación al estado psicológico del autor en el momento de la acción constitutiva de la infracción" (348).

El que hayamos traído a colación toda la anterior problemática responde a la idea de que resulta mucho más difícil de explicar una cualificación por el resultado a título de dolo cuando éste ha sido cometido culposamente, (349) que cuando puede

(348) RODRIGUEZ MUÑOZ. Notas al Tratado de MEZGER. II. cit. pag. 181 y 182. vid. en el mismo sentido. RODRIGUEZ DE VESA. Parte General. cit. pag. 396. y FERRER SAMA. Comentarios. I. cit. pag. 34.

(348) NUÑEZ BARBERO. El delito culpso. pag. 39. Salamanca 1975. vid. del mismo autor: la estructuración jurídica del delito culpso. ADPCP 1974, pg. 87. Para un mayor desarrollo del tema vid. JESCHECK. Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes in Verbrechensbegriff. Festshcrist für Erik Wolf. pag 473. - 1962. cit. por NUÑEZ BARBERO. El delito culpso. pg 38

(349) De la misma opinión es MUÑOZ CONDE (Derecho Penal. Parte Especial. pg. 28. Sevilla 1976.

sostenerse que se ha dado algún tipo de dolo. Claro es que aparece como mucho más inexplicable el que idéntica cualificación se dé a aquellos resultados no achacables ni a dolo ni a culpa del agente....

Centrándonos ya en el tema del dolo eventual en relación con el último párrafo del artículo 411 hemos de examinar si los elementos que supracitamos como característicos del dolo eventual concurren en dicha hipótesis, con el fin de establecer la razón o ~~razón~~ del Tribunal Supremo al sostener que la agravación de la pena se efectúa en -- función de una muerte dolosa (dolo eventual), lo que le lleva a afirmar que el párrafo en cuestión contiene una referencia a la culpabilidad y, consecuentemente, a negar la presencia de la tan temida responsabilidad objetiva.+

Veamos, pues, esos elementos:

a) La intención va, desde luego, dirigida a la producción de un resultado antijurídico de aborto.

b) No puede afirmarse categóricamente que -- exista riesgo de producción de un segundo resultado junto al perseguido de aborto (aún cuando el -

Tráibunal Supremo aluda constantemente al binomio riesgo-consecuencia a la hora de construir su tesis del dolo eventual) (350). Es evidente que en los supuestos de aborto intentado o realizado con medios sanitariamente improcedentes o inadecuados, o en condiciones antihigiénicas se encierra un riesgo cierto de producción de ulteriores complicaciones para la vida o la integridad física de la mujer (351). Sin embargo, como dice QUINTANO RIPOLLES "pártese en tal criterio (el jurisprudencial) de la base gratuita de que en las intenciones abortivas se acepta la muerte de la abortante como un resultado probable, siendo así que no hay en el acto otro grado de previsión que el de simple

(350) Así entre otras en STS de 19-XI-1948: "grave riesgo de muerte a que era expuesta la abortante" y STS de 20-XII-1950: "no podía desconocer el grave riesgo que para la integridad corporal y vida de la abortada envuelven esas maniobras abortivas" (en esta sentencia se aprecia claramente la presunción de aceptación determinante de una presunción de dolo).

(351) GIMBERNAT (¿Cuando se conoce la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código Penal? Revista de Derecho de la Circulación 1963 pg. 23, nota nº 88) considera que "la muerte de la embarazada puede parecerle probable, puede contar con ella, a la persona que, con absoluto desconocimiento de las técnicas médicas, se dedica a realizar abortos clandestinos de los que se han derivado

y remota posibilidad, no mayor que la de cualquier otra intervención quirúrgica contándose entre las más sencillas y menos arriesgadas cuando se verifica por personas peritas y con arreglo a la técnica obstétrica moderna" (352). Por otra parte, como -- apunta GIMBERNAT (353) es difícil concebir impruden

... ya, en anteriores ocasiones, graves lesiones - e incluso la muerte de la mujeres intervenidas". - De otro lado, la existencia de dolo eventual es - más perceptible en el tipo de tentativa imposible de aborto por empleo de medios inadecuados por cuanto que dichos medios, inadecuados para ocasionar el aborto, suelen ser adecuados para producir resultados lesivos, e incluso, mortales dado su frecuente carácter tóxico (vid. un catálogo de los mismos en CARVAJALLINO MONTAÑO. El aborto criminal en los países hispánicos. Madrid. 1956); lo que no obsta para que sea perfectamente concebible la utilización de medios inadecuados para abortar perfectamente inocua

(352) QUINTANO RIPOLLES. Tratado de la Parte Especial. Tomo I. vol. I. pag. 659.

(353) GIMBERNAT. Delitos cualificados... cit. pag. 173; vid en el mismo sentido: DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO. Delitos contra las personas, cit. pag. 366: "en supuestos como éste no cabe la menor posibilidad de hablar de dolo eventual, y sin embargo, también esta hipótesis es perfectamente reconducible al último párrafo del artículo 411".

cia (y, por consiguiente, previsibilidad del resultado ulterior) en el médico que aplica todas las técnicas científicas conocidas para que la mujer no sufra ningún daño físico con ocasión del aborto. - Si la abortante, a pesar del cuidado prestado por el médico, resulta con lesiones graves o muere, - ¿dónde está en tal supuesto el riesgo previsible? ¿dónde la infracción del deber de cuidado?. Y, sin embargo, el médico habrá de responder por aborto con resultado muerte-lesiones graves a tenor del último párrafo del artículo 411. Hemos de concluir pues, que no puede decirse que se presume la aceptación de la consecuencia más grave por parte de todo aquel que practica un aborto, pues esta afirmación, llevada a sus últimas consecuencias lógicas, nos haría deducir que la embarazada que se produce a sí misma el aborto ha de aceptar su muerte o sus lesiones; una cosa es que las haya previsto y otra, muy distinta, que las acepte. No puede generalizarse pues en lo tocante a una justificación de la imputación del resultado más grave a título de dolo eventual por considerarlos que en la operación abortiva existe un riesgo tan claro que no ha podido dejar de ser previsto; en unos casos ésto será cierto, y en otros mucho no lo será. Por ello, seguimos en nuestra idea de que la regla

general es la responsabilidad objetiva, aún cuando en algunas ocasiones quepa montar el juicio de reproche sobre la existencia de una forma de culpabilidad (dolo eventual-culpa consciente).

c) En cuanto al factor mismo de la previsibilidad del resultado más grave, ésta se poye en la frecuencia de producción de tal tipo de resultados siendo éste un dato que variará según sean las circunstancias en las que el aborto haya sido practicado, y según fueran los medios empleados a tal fin. Así, mientras que a veces sea previsible por el común de los hombres el adiminimio de una consecuencia mas grave que la querida, dadas las condiciones inadecuadas en que se realiza la operación abortiva, dicha previsión necesaria faltará en el caso de aborto practicado por un facultativo según la ^{lex} artis. Insistimos una vez más: en unos casos habrá previsión, en otros nos (a no ser que se presuma). Nuevamente hemos de decidir que la regla es la responsabilidad objetiva.

d) Por lo que respecta a la indiferencia con que el autor acoge la posibilidad de producción -- del resultado mas grave (aceptación), qué duda cabe que se dará frecuentemente (dado que aquí y ahora el aborto constituye por desgracia, una operación

de índole lacrativa), Sin embargo, el hecho de que, una vez comenzada la verificación de la consecuencia mas grave, el mismo sujeto que ha practicado - el aborto trata por todos los medios a su alcance - de evitarla (ausencia de aceptación) no es óbice para que, caso de resultar sus esfuerzos baldíos, dicha consecuencia no querida ni aceptada le sea imputada a tenor del último párrafo del artículo 411.

En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina dominante, no cabe hablar de dolo eventual como fundamento de la imputación de la consecuencia más grave (354). Por lo tanto, rechazamos de plano la doctrina jurisprudencial que, no solo se contradice - a sí misma en algunas sentencias (355), sino que -- vuelve sobre sus propios pasos en recientes fallos, no exigiendo elemento culpabilista alguno para que se consideren cumplidos las hipótesis comprendidas en el último párrafo del artículo 411. (356).

(354) FERRER SAMA. Comentarios. Tomo IV. cit. pag. 311 y ss.

(355) Vid. ad exemplum. STS de 13-VII-1969.

(356) Vid. entre otras STS de 3-VI-1954 y 5-V-1972 "muerte de la madre, querida eventualmente o no, y prevista o no".

2) EL ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE-LESIONES GRAVES COMO DELITO PRETERINTENCIONAL.

El segundo punto de vista mencionado sobre la naturaleza del precepto estudiado, es sostenido en solitario por JIMENEZ DE ASUA: quien afirma que -- "caracterizadamente preterintencional es el caso de aborto con resultado de muerte o lesiones graves". (357). Dada la asimilación que en notas anteriores preconizamos entre las categorías del delito preterintencional y del cualificado por el resultado, tanto de llamarle de una u otra forma.

3) EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411 COMO - HIPOTESIS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Visto el escaso peso de los dos criterios antevistos, no nos queda sino apreciar lo acertado o no de aquella teoría según la cual el párrafo tantas veces aludido no sería otra cosa que un vestigio más de la ya criticada responsabilidad objetiva o por el resultado.

(357) JIMENEZ DE ASUA. Tratado. VI. cit. pags.102-103. No entendemos, sin embargo, como el mencionado autor logra compaginar esta configuración con su tesis de la exigencia de previsibilidad en la preterintención, a no ser que considere que en todos los supuestos de aborto con resultados letales o lesivos

DEL ROSAL, entiende que "el legislador, en esta figura de delito ha contemplado un típico caso de responsabilidad por el resultado (muerte o lesiones) no querido, ya que lo que se quiso fue la realización de un delito doloso de aborto, habiendo sobrevenido el resultado a consecuencia de aquel, pero sin que la conducta dolosa de la persona abarcase el resultado último. Por eso basta, para la subsunción de los hechos en esta figura - delictiva la existencia del dolo querido para la consumación del delito de aborto. Estamos por consiguiente ante el hallazgo de un delito cualificado por el resultado, tan opuesto a un entendimiento correcto de la teoría de la culpabilidad"(358).

Esta opinión resume la de la gran mayoría de nuestros autores (359), con la excepción ya citada

.... se da previsión de los mismos por parte del - autor del aborto. En el mismo sentido de considerar el aborto con resultado de muerte-lesiones -- graves como delito preterintencional, vid. RENDE I. delitti con doppio evento. cit. pag. 4.

(358) DEL ROSAL, Aborto con resultado de muerte. cit. pag. 122.

(359) QUINTANO RIPOLLES. Derecho penal de la culpa cit. pag. 482; RODRIGUEZ DE NEESA. Parte Especial. pgs. 82 y 83; DIAZ PALOS. Aborto. cit. pag. 90.

de FERRER SAMA. Si a 'ésto añadimos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha deñardado en diversas sentencias "ser indiferente que el resultado de muerte haya sido o no previsto por el sujeto, no pudiendo admitirse en cuanto a tal resultado la noción del dolo eventual ni la de la causación por imprudencia temeraria" (360), afirmando en otras que en estos supuestos estamos en presencia de un delito cualificado por el resultado (361), no cabe objeción a la tesis de que nos hallamos ante un claro exponente de la responsabilidad objetiva.

En base a todo lo expuesto, creemos que los tres supuestos contemplados en el último párrafo del artículo 411 componen ejemplos típicos de delitos cualificados por el resultado, por lo que no dudamos en dictaminar su naturaleza como tales.

(360) Vid. entre otras: STS de 4-XII-1943; 3-X-1945 30-I-1948 y 20-XII-1950.

(361) Vid. entre otras: STS de 13-VI-1969; 21-X-1970; 8-II-1971; 27-9-1971; 11-III-1971; 4-IV-1972 y 27-VI-1972.

CAPITULO 12

PROBLEMAS DE PARTICIPACION EN EL ULTIMO

PARRAFO DEL ARTICULO 411.

**PROBLEMAS DE PARTICIPACION EN EL ULTIMO PARRAFO
DEL ARTICULO 411.**

**A) DOCTRINA GENERAL SOBRE PARTICIPACION EN
DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO.**

En los delitos cualificados por el resultado coautores, inductores y cooperadores necesarios - responden, al igual que el autor principal, del resultado mas grave, a pesar de que dicho evento no haya sido cubierto por su dolo (362). De acuerdo con ésto, la regla general establecida por el Tribunal Supremo en materia de participación en un delito cualificado por el resultado es la de que los partícipes responden, al igual que el autor en sentido estricto, no sólo por la conducta base, sino también por el resultado cualificante (363); postura jurisprudencial que GIMBERNAT -

(362) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. cit. pags. 842, 860 y 869.

(363) Vid entre otras: STS de 15-III-1955; 84 y 28 -XI-1960 y STS de 19-XII-1975: "si se entiende que cada una de las modalidades ^{descriptas} en el artículo 501 del Código Penal define a un delito cualificado por el resultado, entonces no cabe duda de que dicho problema de la participación automáticamente queda re-suelto, ya que si autor principal y partícipe han querido el hecho-base (el delito de robo), entonces

califica de consenciente ya que, existiendo en esta categoría de delitos una injusticia fundamental como es la de hacer responsable al autor de la acción principal del resultado cualificante, porque ha querido la acción base, "no es ningún absurdo sostener que los que han tomado parte en la ejecución, han inducido o han cooperado dolosamente al comportamiento base deben ser tratados como el autor en sentido estricto. Si la ley impone que a éste se le ha de imputar el segundo resultado (no querido) derivado del primero (querido) no supone desigualdad aplicar idénticos principios a los que están en la misma situación del autor principal, - esto es: a los que sin querer el segundo resultado cooperan indencionadamente en el primero" (364).

Esta idea no encuentra, sin embargo, apoyo legal en nuestro ordenamiento por no existir un precepto que, al estilo del artículo 116 del Código penal italiano, resuelva positivamente la cuestión

..... entonces la simple relación causal que liga aquella acción antecedente con el hecho-consecuencia (homicidio, lesiones, etc.) bastará para imputar también al partícipe tales resultados, por más que no los haya querido, ni aún siquiera previsto"

(364) GIMBERNAT. Autor y Cómplice en Derecho Penal pag. 308 y 309. Madrid. 1966.

(365), por lo que para su defensa o crítica hemos de acudir, una vez mas, al análisis de lo que sobre el tema dicen los autores.

(365) El artículo 116 del Código penal italiano dice así: "si el delito cometido fuese diverso - del querido por alguno de los concurrentes, también éste responde, si el evento es consecuencia de su acción u omisión". Este precepto introduce en el ordenamiento penal italiano el principio de responsabilidad objetiva también respecto de los partícipes. Por ello no es de extrañar que, en el tema que nos ocupa, los autores italianos consideren que todo aquel que participe en un aborto, y cuya actuación sea condición del resultado de muerte o lesiones (relación causal que viene exigida por el mismo artículo 116), responde de dicho resultado. Vid. en este sentido, entre otros a : MANZINI. Trattato. VII. cit. pag. 591; PANNAIN. Manuale. Parte Speciale, cit. pag. 572; RANIERI. Il concorso di più persone in un reato pag. 272. Milano 1949; SALTELLI-ROMANO DI PALCO Commento teorico-practico... cit. pag. 136; TOCCI Il procurato aborto. Trattato medio-legale. cit. pag. 167; VISCO. L'aborto criminoso. cit. pgs. - 427 y 428.

La dogmática alemana, concorde con la exigencia (inserta en el § 56 del StGB) de que se dé por lo menos culpa para poder proceder a la imputación del resultado más grave sobrevenido, establece que para que dicho resultado pueda serles imputados a los partícipes en la acción principal, es preciso que concurra culpa en todos y cada uno de éstos. Así JESCHECK afirma que "cuando varias personas - realizan el delito cualificado por el resultado, hay que atender siempre al delito base dolosamente producido. Según el § 50,1 (366), el que se aplique este marco penal (agravado) a cada uno de los partícipes (cooperador, inductor o coautor) depende de si la consecuencia mas grave fue prevista por éste, independientemente de que el autor principal haya obrado dolosa, culposa o inculpa--blemente. En los delitos cualificados por el resultado, únicamente son penados aquellos partícipes a los que pueda reprochárseles, al menos, imprudencia con respecto del resultado final" (367)

(366) El § 50 del StGB dice así: "cuando varios - participan en una acción, cada cual es punible según su propia culpa, sin consideración de la culpa de los demás".

(377) JESCHECK. Lehrbuch... cit. pag. 515. OEHLER por su parte, piensa que en la participación en un delito cualificado basta el conocimiento acerca de la acción del autor, conocimiento que debe

Del examen de la dogmática alemana podemos sacar en conclusión que, cuando falta el requisito legal de la culpa, el partícipe sólo responde del delito principal, no pudiendo serle imputado el resultado más grave.

..... alcanzar al peligro en ella implícito, sin necesidad de que el coautor haya obrado culposamente. Si el partícipe conoce y quiere el delito base y conoce o no prevé en contra de su deber, el peligro enlazado con el Grunddelikt, esta omisión del deber de diligencia basta para que le sea imputada la cualificación por el resultado (das Erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt. ZStW 1957 (nº 69). pag. 518.) A. KAUFMANN. se plantea, a este respecto, la objeción de la no admisión, a nivel teórico de la coautoría culposa y de la participación culposa: "sólo existen dos posibilidades -dice-: o se exige dolo eventual, como mínimo, en el partícipe (coautor, inductor o cómplice), respecto del resultado que cualifica (lo que significa que se le juzga en forma diferente al autor al cual -sólo se le exige culpa para proceder a la imputación) o se acepta que la participación en los delitos cualificados por el resultado consiste en una coautoría, inducción o complicidad dolosa en el delito -base más una autoría accesoria culposa respecto -- del resultado más grave, solución de emergencia - que es sin duda incompatible con la estructura de los mencionados delitos, que presentan una unidad interna" (Das Schuldprinzip... cit. pg. 241.) en el mismo sentido: vid. MAURACH. Parte General.II. Trad. por CORDOBA RODA. pg. 375 (respecto de la figura del inductor ya que no puede darse una inducción culposa). OEHLER toca este mismo problema, p.

No es ésta, por desgracia, la situación en - el marco de nuestro derecho positivo, dónde no se exige la presencia de responsabilidad culposa para poder tachar al autor y a los partícipes en la - acción principal el resultado cualificante.

Volvemos, pues, a la precitada doctrina jurisprudencial que estima que todos los partícipes son responsables por igual del resultado más grave producido.

B) DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE PARTICIPACION EN ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE O LESIONES GRAVES.

Esta regla general quiebre, sin embargo, precisamente en supuestos de aborto con resultado de muerte o lesiones graves. Como señala GIMBERNAT, "una reciente doctrina jurisprudencial mantiene,

... ro lo resuelve diferentemente; para él tanto el autor principal como el partícipe son coautores del delito entero, ya que el resultado culposamente producido no emana de una nueva acción (Das -- Erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm. GA 1954. pg. 35). SEEBALD. resuelve el tema a base de considerar posible la participación culposa (Teilnahme an Erfolgsqualifizierte Delikt -- und am fahrlässigen Delikt. GA 1964. pag. 162).

respecto del aborto con resultado de muerte, que si la codevincuencia en el aborto no consiste en la participación en actos ejecutivos, el partícipe responde sólo por un delito de aborto, y no por la muerte a consecuencia de éste" (368).

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10-V-1960)(en un supuesto en el que la embarazada ^Macude a una amiga, ^Csolicitándole que la acompañe a cada de una comadrona dónde tiene C: la intención de abortar, petición a la que accede; permaneciendo en la entrada de la casa mientras la comadrona practica el aborto, muriendo M. a consecuencia del mismo), se dice "que aún cuando ^Mquepa co plicidad en el aborto con resultado de muerte, no se acredita en el presente caso -- otra cooperación que la prestada al aborto, no a las maniobras o manipulaciones que dieron lugar al fallecimiento de la abortante, puesto

(368) GIMBERNAT. Autor y cómplice. cit. pag. 308 QUINTANO alaba esta nueva dirección jurisprudencial, estimándola apoyada por el siguiente argumento: "por lo que al aborto se refiere, la indiciada unidad conduciría, y ésto creo es argumento decisivo, aunque ad absurdum, a incluir en el presunto complejo, ya que no de muerte si de lesiones graves, a la propia embarazada superviviente que consintió en el propio aborto". Trata do. Parte Especial. Tomo I. vol. i. cit.pag.665.

que la complicidad no es forma de participación sustantiva sino vinculada a la principal de autoría, y la procesada fue complice concretamente de la parte que resultó víctima y que, de haber sobrevivido, hubiera sido autora de un delito de aborto del número 2 y no del último párrafo del artículo 411 (369), pero no lo fue en modo alguno de la au tora material en cuyas actividades criminales no tuvo participación de ninguna especie, inhibiéndose hasta tal punto que permaneció en la puerta - de la casa donde la operación tuvo lugar, sin que se le deban, pues, imputar conductas ajenas y menos aún los resultados de ellas".

Más explícita aún, en orden a la distinción esbozada entre actos ejecutivos y meras colaboraciones (370), resulta la sentencia de 5-X-1962, -

.... Esta argumentación se nos antoja falaz ya -- que la cualificación prevista en el último párrafo del artículo 411 alcanza únicamente a los ^{du}terceros intervinientes en el aborto, nunca al aborto llevado a cabo por la propia embarazada, previsto en tipo independiente.

(369) Creemos que esto es erróneo (quizá achacable a una errata en la transcripción de la sentencia), ya que la víctima hubiese sido, en todo caso, autora de un delito de autoaborto del artículo 413.

(370) Distinción que, como veremos, está en la base de la diferenciación que la doctrina italiana traza entre el artículo 546 y 547 (correspondientes, respectivamente, de los artículos 411, 28 y 413 de nuestro Código Penal.)

en la que se considera que "por ser la figura de aborto homicida de resultado afín del dolo eventual, debe referirse de modo exclusivo a las personas ejecutoras de las manipulaciones materiales, o, al menos, a las presentes en dicho acto determinante del evento letal, por lo que no constando tales extremos en la conducta de M. su culpabilidad a título de cómplice se debe limitar al delito de aborto consensual del propio artículo 411, que es al único que se dirigieron sus actos de - coparticipación y asistencia" (371).

¿Cómo se han producido estas desviaciones a la regla general sentada por el Tribunal Supremo en materia de participación en un delito cualificado por el resultado?

En las sentencias emitidas desde el momento de entrada en vigor del Código de 1944 (372), (con la novedad del último párrafo del artículo 411 - incorporado), y hasta el año 1957, la complicidad

(371) Vid en el mismo sentido, entre otras: STS de 28-XI-1963, 4-III-1965; 27-IX-1971; 14-II-1972 y 4-IV-1972.

(372) Aunque ya antes de esta fecha, se procedía a tipificar el aborto con resultado de muerte como delito complejo de aborto con homicidio, dada la vigencia de la ley de 24-I-1941; vid. STS de 10-X-1943.

iba referida al complejo previsto en dicho párrafo. Así se aprecia en la sentencia de 15-III-1955 que, en un supuesto en todo semejante al narrado en la sentencia de 10-V-1960 (vid. supra) dice - así: "A... no puede eludir la responsabilidad en que ha incurrido dentro de ámbito del párrafo final del artículo 411... para desplazarla a la que corresponde al cómplice del delito de aborto con consentimiento de la mujer, que prevé y castiga - el número 2 del propio artículo 411, por cuanto - la complicidad solidariza al auxiliador con el resultado de la acción a la que ha cooperado eficazmente".

Sin embargo, a partir de la importante sentencia de 8-XI-1957 (373), la jurisprudencia establece que, para poder proceder a la incriminación a

(373) La sentencia de 8-XI-1957, en un caso en el que la embarazada E. deseando abortar, recurre a su cuñada, A.M. para que le ponga en contacto con quién se dedique a practicar abortos, haciéndolo ésta, y derivándose de las maniobras abortivas realizadas por C. la muerte por peritonitis de E., estima que "la afirmación del hecho probado sobre el desconocimiento por dicha cómplice(A.M) del peligro que podía sufrir la abortante.. impide poner a cargo de la cómplice referida; que no actúa de modo personal o por propia mano, aquellas consecuencias que están fuera y más allá, no sólo de su intención, sino hasta de su conocimiento, sin que se precise en este caso dilucidar si el desconocimiento

título de participe en el complejo previsto en el último párrafo del artículo 411, es preciso que - concurren alguno de los siguientes requisitos:

- Participar en las maniobras abortivas causan tes del resultado letal (374), o ejecutarlas (375).

- o estar presente en el acto de las manipu- laciones materiales determinantes del evento letal (376).

- o intervenir concretamente en las maniobras lesivas (377).

- o que la actividad desarrollada se relacione, de algún modo, con este último tracto ejecutivo del delito (378).

- o que se hayan aceptado como probables o se - hayan previsto las complicaciones sub~~sig~~uientes -- (379)

to de las consecuencias peligrosas posibles, es de cir, no necesarias, de la acción de la abortadora engendra responsabilidad penal para la cómplice -- que se limita a buscar autor que consume el aborto con ignorancia de que éste puede acarrear la muerte de la abortante."

(374) STS de 10-V-1960

(375) STS de 5-X-1962

(376) STS de 5-X-1962

(377) STS de 4-III-1965

(378) Sentencia de 27-IX-1971: "el resultado que - sobrevino sólo sirve para calificar la responsabi- lidad de la ejecutora directa y material del aborto

Es decir, que, a tenor de la doctrina jurisprudencial, para que pueda estimarse autoría por cooperación necesaria, o complicidad del artículo 16 en relación con el resultado más grave, han de darse todos o algunos de estos requisitos. De lo contrario, la responsabilidad de estos partícipes se limitará a la conducta básica, esto es, al delito de aborto consentido del párrafo 2º del art. 411, sin que su actuación pueda extenderse a las ulteriores consecuencias derivadas de esta conducta principal.

En cuanto a la inducción, dado que ésta se caracteriza por el hecho de hacer surgir en otra persona la resolución de ejecutar un hecho típicamente antijurídico, mediante un influjo psíquico, y sin que el inductor lleva a cabo actos ejecutivos (pues ello le transformaría en coautor o en cooperador necesario), es lógico pensar que su responsabilidad se limitará al hecho básico de aborto. Para que pudiera surgir su responsabilidad respecto del resultado más grave, sería preciso que, además de inducir al delito de aborto, hu

... puesto que su actividad fué la causa eficiente y jurídica del evento". Vid. en el mismo sentido STS de 4-IV-1972.

(379) STS de 14-II-1972

biese cooperado a la práctica del mismo en alguna de las formas precitadas.

Lo anteriormente expuesto queda, pues, limitado a los supuestos de cooperación necesaria (artículo 14,3) y de complicidad (artículo 16), ya que la coautoría del artículo 14,1 recibirá exactamente el mismo tratamiento que la autoría principal. Ahora bien, la imputación del resultado -- más grave se dará mas frecuentemente en casos de cooperación necesaria que en hipótesis de complicidad. Para esta afirmación nos basamos en las siguientes consideraciones:

19) Los requisitos jurisprudenciales antes -- mencionados para que la participación en el hecho base del aborto se extienda al resultado más grave producido son mas propios de una autoría por cooperación necesaria que de una complicidad (salvo el ya criticado de asistencia a la operación abortiva).

22) Porque de acuerdo con la doctrina antes sentada, para poder responder el partícipe a tenor del complejo del último párrafo del artículo 411, es preciso que ponga una causa adecuada del resultado, y no una mera condición para la producción

del mismo. Y no olvidemos que la característica fundamental del acto no necesario aportado por el cómplice es que es suprimible, "in mente" sin que el resultado deje de sobrevenir, por lo que no es ni siquiera conditio sine qua non, sino - mera conditio (380).

Ahora bien, dada la siempre movediza frontera entre las categorías de la cooperación necesaria y la complicidad, conviene que, antes de proseguir examinemos que entiende el Tribunal Supremo por cooperador necesario de aborto y qué por cómplice del mismo.

C) DISTINCION JURISPRUDENCIAL ENTRE COOPERACION NECESARIA Y COMPLICIDAD EN MATERIA DE ABORTO.

La línea divisoria, en nuestro derecho, entre cooperación necesaria y complicidad es, en determinados casos, muy difícil de trazar. (381). La jurisprudencia estima que la diferencia entre am-

(380) STS de 1-II-1974

(381) Vid. para un mejor estudio del tema: GIMBER-NAT. Autos y cómplice. cit. pags. 31 y ss. RODRIGUEZ MONRULLO. Comentarios. cit. pgs. 872 y ss. y CERREZO MIR. "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española", en ADPCP 1975. pgs. 41 y ss.

bas entidades radica en la necesidad o no necesidad de los actos aportados, en su imprescindibilidad o prescindibilidad, en su escasez o abundancia (382). Pero, ¿qué actos se consideran necesarios e insustituibles para la verificación del aborto, y cuáles son meras conditios del resultado?. (383).

1) ACTOS NO NECESARIOS PARA LA REALIZACION - DEL ABORTO.

El texto del artículo 16 no nos aclara el concepto que se haya de tener sobre la necesidad o no del acto aportado. Por ello hemos de recurrir a las valoraciones socio-jurídicas imperantes, que toman cuerpo en las decisiones del Tribunal Supremo, y en las opiniones de los autores, partiendo siempre de la base de que, a tal efecto, la conclusión ha de surgir de una previa individualización del caso en concreto, con todas las circunstancias que le fueron coetáneas, a través de un juicio hipotético posterior, dejando de lado consideraciones de tipo general y abstracto. (384).

(382) Así, entre otras: en STS de 23-II-1973; 1-II-1974; 6-VI-1974; 17-XI-1975; 27-IX-1975.

(383) STS de 1-II-1974

(384) STS de 1-II-1974 y 17-XI-1975.

El Tribunal Supremo, ejecutor de esta tarea concretizadora, ha considerado que el acto es no necesario (con la subsiguiente estimativa de complicidad) en los siguientes casos:

- Cuando la actividad del partícipe se limita a proporcionar a la embarazada direcciones a las que acudir para ver satisfecho su propósito -feticida (385) e, incluso, cuando el auxilio llega al punto de acompañar personalmente a la embarazada a presencia del tercero que le ha de practicar el aborto, poniéndose en contacto (386).

(385) STS 22-IV-1945; 10-XII-1954 y 3-VII-1974. de 23-II-1973; 22-III-1973; 29-V-1973; 16-II-1974; 28-I y 11-III-1976. En contra. la STS de 28-III-1973 que, partiendo de la tantas veces criticada tesis del acuerdo previo (vid. para un estudio más amplio GINBERNAT. Crítica a la teoría del acuerdo previo. ADPCP 1966, pg. 13 y ss. y en Autor y Complice. cit. pag. 78 y ss), considera que "el hecho de facilitar el nombre de la persona que podría -- practicar las maniobras abortivas, acompañándola después al domicilio de la comadrona, no sólo para presentarla sino también para ejecutar los actos criminales, significa una participación voluntaria y activa en la consecución del fin de plena autoría", punto de vista que se acogió también en las STS de 16-II-1943; 16-I-1947 y 29-X-1970, entre otras. QUINTANO-GINBERNAT ostinan, por su parte, - que el supuesto es constitutivo de complicidad y no de coautoría (Tratado de la Parte Especial. cit. pag. 630).

(386) STS de 22-III y 29-V-1973. En contra STS 28-III-1976 y 28-I-1976.

- Cuando la participación consiste en indicar a la embarazada predispuesta a abortar (pues, de lo contrario, podría integrar un supuesto de provocación o inducción), un medio o procedimiento para facilitar tal fin, (387) siempre que la indicación se refiriese a un concreto hecho de -- aborto, pues de lo contrario, si la indicación es en abstracto, y el partícipe ostenta el título de facultativo o sanitario, o, no gozando de dichos títulos, actúe con ánimo de lucro, sería autor del delito previsto y penado en el párrafo 1º del artículo 416 (388).

Por lo que respecta al hecho de acompañar a la embarazada al lugar donde ha de serle practicado el aborto, es impune, castigándose únicamente en el supuesto de que en el "acompañar" se halle con tenido un elemento de "coacción moral" (389).

(387) A pesar de ello, el Tribunal Supremo ha estimado en numerosas sentencias que "el proporcionar medio material para la realización del aborto es, un caso de cooperación necesaria (STS de 20-XII-1960). Por contra, la STS de 6-VI-1958 califica de auxilio no necesario (complicidad) el hecho de aconsejar un método abortivo, llegándose, incluso, a suministrarlo.

(388) Así, QUINTANO estima que las conductas del artículo 416 tienen naturaleza abstracta, desvinculada de los abortos a que real o eventualmente dieran lugar (Tratado de la Parte Especial, cit. pag. 686-687).

2) ACTOS NECESARIOS PARA LA VERIFICACION DEL ABORTO.

Es curioso comprobar como el Tribunal Supremo ha pasado de la calificación de complicidad a la de autoría por cooperación necesaria (artículo 14, 3), siempre que, junto a las actividades descritas como características de la complicidad, se ha aportado al delito, como "plus" (o como actividad única), alguna de las siguientes (o todas).

- Pago del precio de la operación (390).

- Aportación del propio domicilio como "locus delicti" (391).

- Apoyo moral a la decisión tomada por la embarazada sin el cual la decisión de ésta hubiera - flaqueado (392).

- Asistencia activa a la operación abortiva, auxiliando al autor material, sin tomar parte directa en la ejecución del aborto. (393).

(389) QUINTANO-GIMBERNAT. Tratado de la Parte Especial. cit. pags. 631 y 632.

(390) Así, entre otras, en STS de 4-VII-1958; 20-I-1958; 25-V-1958; 5-III-1970; 17 y 28-I- y 21-III-1972; 23-II-1973; 2-V-1973; 7-III- y 16-XII-1974; 19-IV-, 27-IX y 17-XI-1975.

(391) Vid. entre otras, STS de 28-VI- y 9-XII-1963; 4-III-1965; y 1-II, 6-VI y 16-XII-1974.

(392) Así, entre otras STS de 29-III-1973. Creemos, sin embargo, que si este apoyo moral no se traduce en actos de cooperación material al hecho mismo del

La razón por la cual estas actividades descritas se consideran necesarias para la producción del aborto, es la de su escasez (394) o insustituibilidad (395): Es evidente que, dada la clandestinidad de la práctica del aborto, y las fuertes sanciones que la acompañan caso de que acarree un resultado de muerte o lesiones, relativamente frecuente cuando los que lo llevan a cabo carecen de aptitudes profesionales, pocas personas querrán correr el riesgo de favorecerla, aumentando la proporción de la clandestinidad en progresión inversa al riesgo. Ahora bien, creemos que los criterios jurisprudenciales, especialmente en materia de aportación de domicilio y precio, son excesivamente automáticos, olvidando nuestro más alto Tribunal su misma recomendación de estar al caso concreto. En efecto, si

... aborto, y no es lo suficientemente fuerte como para encuadrarse dentro del concepto de "instigación", será más integrante de una complicidad - que de una cooperación necesaria.

(393) Así en STS de 23-II-1973, "... no sólo estuvo presente en la operación, sino que además asistió y ayudó en ella, pues durante la misma sostuvo la cabeza y una mano de la víctima, confortando con tal material acción su ánimo".

(394) Vid. GIMBERNAT. Autor y cómplice. cit. págs. 151 y ss.

(395) RODRIGUEZ DE VESA. Parte General, cit. pg. 687.

bien cabe pensar que el pago de un precio y la - disponibilidad de un local cerrado son, en el marco de una situación de clandestinidad, requisitos necesarios para la producción del aborto, ello no implica que no haya una pluralidad de personas dispuestas a prestarlos, lo que equivale a decir que estos actos son necesarios en abstracto, pero pueden no serlo en concreto, puesto que el delito puede llevarse a cabo aún sin ellos (por ejemplo, pidiendo un préstamo bancario, acudiendo a otra persona, hurtando el dinero, allanando morada deshabitada, o, incluso, practicando el aborto al aire libre).

D) EL PROBLEMA DEL NOVIO-INDUCTOR

No queremos abandonar el tratamiento de los - partícipes en el delito de aborto, sin traer a colación lo que nos parece una caduca y desfasada visión manifestada en algunas sentencias del Tribunal Supremo (desconocedoras de la actual realidad de las relaciones varón-hembra): la de considerar que el "novio" (o "seductor") genera "la inducción o autoría intelectual... peculiar y muy frecuente manera de participación en el delito de aborto, al utilizar su influjo personal y su posición de superioridad dentro de la relación amorosa, para vencer la -

flaca voluntad de la subordinada mujer, que de él depende, por la circunstancialidad que los envuelve, en la que esta última es la que mas tiene que perder, por ser la que más aporta al personal honor y a la precreación maternal, por lo que el influjo presionante del varón, a medio del consejo, la sugestión, y la coacción amenazante sobre la seducida, determinada por lo común fatalmente el -- pacto final, debido a esas clases de instigación que la persuaden a aceptar la propuesta que oculte su deshonor" (396). Punto de vista que, caso de generalizarse, implicaría una inaceptable presunción de autoría. El novio (o cualquier otra persona) será inductor de aborto cuando, de una manera directa y eficaz, haya hecho surgir en la embarazada la resolución de abortar, y no lo será en caso contrario.

E) CONCLUSIONES SOBRE DISTINTAS FORMAS DE PARTICIPACION EN RELACION CON EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.

Ya hemos contemplado como, dada la naturaleza que el aludido precepto tiene de delito cualificado por el resultado, el autor de la acción básica

(396) STS de 23-IX-1975.

ha de responder objetivamente también del resulta
do no querido. Igual responsabilidad tendrán los q
que tomen parte directa en la ejecución del hecho.
¿Y los demás partícipes en el delito de aborto?.

En párrafos anteriores vimos ya que la doc-
trina jurisprudencial mas reciente entánde que,
siendo el párrafo en cuestión un residuo de la re-
chazable responsabilidad objetiva, su aplicación
debe ser restringida y estricta, de acuerdo con -
las siguientes reglas: "1º) el texto legal habla
de la consecuencia del aborto y sus frases son: -
resultare la muerte o se le causen alguna de las
lesiones. Con lo que dicho está que el Código se
está refiriendo a los que realizan mecánicamente
el aborto o practican maniobras abortivas; 2º la
agravación referida... se aplicará obligadamente
por los Tribunales a los responsables del aborto -
básico (STS de 22-III-1957; 27-IX-1971; 4-IV-1972
y 19-V-1973); 3º) La agravación debe aplicarse a --
las personas responsables cuando su quehacer en
el delito tiene relación directa con los actos --
del responsable principal que generaron la muerte
o lesiones graves, o sea con los actos propios de
la ejecución material y mecánica del aborto, por-
que caso contrario si son anteriores, y no influ-
yentes en absoluto en aquel, aunque prestaran co-
laboración necesaria extraña al delito, para que

aqué^l se cometa por otro, responderán del hecho base sin la agravación propia de los que lo practicaren con maniobras torpes y burdas (397), "pues to que no contribuyen causalmente al mayor resultado, "ya que no puede aplicarse la indiscriminada e injusta teoría de la equivalencia de las condiciones, en la ponderación del nexo causal, dentro de los excepcionales delitos cualificados por el resultado, por poder llevar a consecuencias injustas, sino que ha de exigirse, o la previsión - posible del resultado, o la adenuación típica, conocida y natural de la relación de causalidad de acuerdo ^{incluso} con la pericia o impericia de quién reali^za el aborto, falta de profesionalidad o su existencia, y los mismos resultados acaecidos en su - lógica manifestación real o práctica" (398).

Nada tenemos que objetar a esta línea jurisprudencial, que nos parece correctísima, y que -- coincide con nuestro propio criterio de que la única forma de salvar el principio de culpabilidad en relación con el último párrafo del artículo -- 411, es la de exigir, tanto respecto del autor material cuanto del partícipe, que su actuación haya

(397) STS de 6-VI-1974

(398) STS de 23-II y 29-V-1973.

sido causa adecuada (previsible) del resultado -- más grave.

Únicamente hemos de insistir en que en nuestra opinión el partícipe, para poder ser hecho -- responsable a tenor de dicho párrafo, ha de haber cooperado, necesariamente o no es decir, ha de haber realizado actos ejecutivos (excluimos la inducción por entender incompatible el elemento psicológico en ella implícito con la imposibilidad de calificar, dentro del mencionado párrafo, supuestos de dolo directo referido al resultado cualificante. Se puede ser inductor del delito base de aborto, -- pero nunca inductor del complejo de aborto mas muerte o lesiones graves. Por ello el inductor únicamente verá su responsabilidad extendida al resultado mas grave, cuando además haya cooperado necesariamente a la realización de los actos causantes del mismo). Y decimos esto, porque no alcanzamos a entender por qué el Tribunal Supremo equipara, en algunos fallos, la cooperación en los actos materiales determinantes del resultado más grave al hecho de -- haber estado presente en dichos actos, tesis que -- RODRIGUEZ MOURULLO, con razón considera poco convincente, por estimar arbitrario la extensión o no de la responsabilidad del delito cualificado por el resultado al cómplice según éste presencie o no la

operación abortiva (299).

En resumen, estimamos que:

1º) La participación en el delito base de - aborto no implica todavía responsabilidad por los resultados mas graves y no queridos acaecidos, - tanto si el partícipe lo es a título de autor de los números 1º, 2º ó 3º del artículo 14 del Código Penal, como si lo es a tenor del artículo 16.

2º) Para que el partícipe en un aborto responda de los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411 al igual que el autor material, es preciso que su actuación haya sido causal (previsible) de los mencionados resultados. Si no lo es, su participación se limitará al hecho base.

3º) También respecto del autor material es predicable esta exigencia de adecuación, en tanto en cuanto hemos defendido aquí la adopción de la teoría de la causalidad adecuada para mitigar el ataque que los delitos cualificados por el resultado representan contra el principio de culpabilidad.

(200) RODRIGUEZ MOURULLO. Comentarios. cit. págs 279 y ss.

42) De cumplirse la exigencia de causalidad adecuada entre la conducta del partícipe y el resultado cualificante éste será partícipe de la responsabilidad emanada del último párrafo del artículo 411, como cooperador(necesario o no), pero nunca a título de inductor. Para que éste pueda responder del resultado mas grave es preciso que, además de inducir el delito de aborto, haya cooperado necesariamente a la ppáctica del mismo con un acto que constituya causa adecuada para la producción del resultado de muerte o lesiones graves, previsto por el tipo.

52) Finalmente, hemos de señalar que toda esta afortunada doctrina jurisprudencial en tema de aborto con resultado de muerte o lesiones graves entra en contradicción, tanto con el principio de identidad de responsabilidad para todos los partícipes en un delito cualificado por el resultado, cuanto con la línea sentada por el mismo Tribunal en materia tan pareja como es el robo con homicidio.

F) PARTICIPACION EN AUTO-ABORTO SEGUIDO DE MUERTE O LESIONES GRAVES.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6-VI-1958 castiga como complicidad en relación con el

último párrafo del artículo 411 un supuesto en el que la actuación consistió en indicar a la embarazada (que se había dirigido a este partícipe inquiriéndole un método abortivo) que se aplicase -- en sus partes genitales, con ayuda de un junco, un trapo mojado con polvo molido de pimienta negra y bicarbonato, suministrándole tales sustancias. Realizada esta operación por la propia embarazada por tres veces consecutivas, aborta y se produce una perforación en la cara anterior de la matriz y subsiguiente intoxicación que le ocasiona la muerte.

Dado que en este caso la conducta principal se inserta en el artículo 413,^y no en el 411 ¿es correcta la calificación operada por la citada -- sentencia?

La doctrina italiana (a la que acudimos por ser, la situación legal en éste país, en lo tocante a este punto, pareja a la nuestra), considera -- que, cuando del aborto realizado por la propia embarazada (artículo 547) se derivan la muerte o -- las lesiones personales de ésta, no le es aplicable, al partícipe en el delito, la agravación penal dispuesta en el artículo 549 (último párrafo del artículo 411) que hace referencia a los artícu

los 545 y 546, pero no al 547 (400). De los eventos no queridos responde el partícipe en este último delito a tenor del artículo 586 (401), que

(400) El artículo 549 del Código Penal italiano dice así: "si del hecho previsto en el artículo - 545 (aborto no consentido) se deriva la muerte de la mujer, la pena será de reclusión de 12 a 20 años; si se deriva una lesión personal, la pena será de 10 a 15 años.

Si del hecho previsto en el artículo 546 -- (aborto consentido) se deriva la muerte de la muj^{er}, la pena será de reclusión de 5 a 12 años; si se deriva una lesión personal, la pensa es de 3 a 8 años".

El artículo 500, prevé, en cambio, una cualificación por el resultado también para los partícipes en el autoaborto de mujer no encinta, al rezar así su texto: "el que suministraba a una mujer supuestamente encinta medios dirigidos a - procurar el aborto, o lleve a cabo sobre ella maniobras encaminadas a su producción..."

(401) El artículo 586 del Código penal italiano dice así: "Cuando de un hecho previsto como delito doloso deriva, como consecuencia no querida - por el culpable, la muerte o las lesiones de una persona, se aplicarán las disposiciones del art. 83, pero las penas previstas en los artículos 589 y 590 (homicidio y lesiones culposas) serán aunen^{tadas}".

El artículo 83, por su parte, dice así: "Si por error en el uso de los medios de ejecución del delito, o por otra causa, se ocasione un evento diverso del querido, el culpable responde, a título de culpa, del evento no querido, cuando el hecho esté previsto por la ley en su forma culposa.

contiene una previsión lata a la que hay que recurrir siempre que tales eventos no sean elementos constitutivos o circunstancias agravantes de determinados delitos complejos (402). Es decir, que el párticipe en el aborto llevado a cabo por la propia embarazada sería, según esto, responsable a título de culpa de los resultados previsibles derivados del aborto, respondiendo únicamente del aborto, si el resultado ulterior era imprevisible.

Ahora bien, el problema reside en determinar cuándo el párticipe lo es del tipo contenido en el artículo 547 (413) de nuestro Código), y -- cuándo del incardinado en el artículo 546 (411, 29). Para resolver esta cuestión, acudimos nuevamente a los autores italianos.

... Si el culpable ha ocasionado, además, el evento querido, se aplicarán las reglas sobre el concurso de delitos".

(402) Vid. en este sentido, entre otros: ANTOLISEI Manuale. Parte Speciale, cit. pag. 94; ALTAVILLA Delitti contro la persona.cit.pag.325; BUFFONI DE FRAIA. Lesioni o morte conseguenti ad aborto procuratosi dalla donna: sanzioni per i concorrenti nel reato. Giurisprudenza Completa della Corte - Suprema di Cassazioni 1950, I. pag. 19; CONTIERI Delitti contro l'integrità.cit.pag. 1.198; PIACENZA Concorso nel delitto di aborto procuratosi della donna e responsabilità penale del concorrente. --

El criterio diferencial viene dado por la modalidad de ejecución material del delito si éste es realizada exclusivamente por el correo, mientras que la mujer se limita a - consentir, adoptando posteriormente una actitud pasiva, el hecho integra los extremos -- del delito previsto en el artículo 546 (411, 2º). Si en vez de esto, los actos de ejecución material son realizados exclusivamente - por la mujer, limitándose al partícipe a instigar, suministrar los medios abortivos o presenciar la operación, responderá éste del menos grave delito previsto y sancionado en el artículo 547 (413), (403). Y decimos que es

... Giustizia Penale 1950, P. II. col 982 y es (comentando sentencia de la Casación italiana de 9-II-1950); RANIERI. Manuale.vol III cit. pag. 115, nota nº 1; SABATINI. Istituzioni di Diritto Penale. Parte Speciale. cit. pag. 85; SEVERINI Morte o lesione come conseguenza di altro delitto. Giustizia Penale 1933 II. col. 706; VANNINI. Quid iuris.vol.V.cit. pg. 64; VISCO. L'aborto criminoso.cit.pag 432.

(403) Vid. en este sentido, entre otros: CASA LINUOVO. Valutazione giuridica del concorso - di attività della donna e di altrui nella esecuzione del delitto di aborto. Rivista italiana di diritto penale 1938. Tomo XVI. pag. 325 DE LUCA. considera que el criterio distintivo debe reconducirse al dato de quién tiene la - iniciativa del delito: si es la mujer la que -

menos grave no por la pena, que es la misma que corresponde al aborto consentido del artículo 411, 2º, sino porque el artículo 413 no contiene una cualificación por el resultado semejante a la del último párrafo del artículo 411.

... tiene la iniciativa, el artículo aplicable será el relativo al autoaborto; si la tiene un tercero, se aplicará el aborto realizado por un extraño (La distinzione tra l'aborto cagionato a donna consenziente e il concorso nell'aborto procuratosi dalla donna e nell' iniziativa di questa Rivista Penale 1933, P. I. pg. 84). No nos parece claro este criterio de la iniciativa, pues bien - puede tenerla la mujer y deberse, ~~són~~ embargo, la ejecución material a un tercero, como viceversa - (a no ser que el término iniciativa se entienda - en el sentido de iniciativa de la acción, es decir, como comienzo de ejecución material); RUSSO PARRINO. Il correo nei delitti di aborto su donna consenziente. Giustizia Penale 1951, P. II. - col 433; SALTELLI-ROMANO DI PALCO. Comento teórico-práctico. cit. pgs. 133-134, nota nº 2; SEVERINO. Codice penale commentato. cit. pgs. 444. Roma 1973. Como opinión contraria, citemos la de BIANCHEDI, según el cual el tercero no puede ser co-partícipe de auto-aborto, siendo siempre autor o tenor de los artículos 545 y 546 (aborto realizado por un tercero) (vid. Considerazioni sul delitto di procurato aborto. (Incriminabilità del tentativo). cit. pags. 495 y 496).

En efecto, si del aborto llevado a cabo por la misma embarazada, se derivan la muerte de ésta o sus lesiones grave, el partícipe en tal actividad responderá de estos resultados no a título do losos, sino a título de culpa, si el resultado era previsible, o no responderá más que del hecho básico, si se demuestra que fue imprevisible (ejemplo: el partícipe suministra a la mujer una sas-tancia que ha de utilizar por vía vaginal, siendo inocua, y la mujer la ingiere por vía oral, produciéndose una seria intoxicación), ya que entonces faltaría el requisito esencial para poder fundamentar la responsabilidad culposa.

Ahora bien, a la hora de enfrentarse con la - participación en el artículo 413, surge un problema, y es el de la posibilidad o no de cautoría - inducción o cooperación necesaria de un tipo que - tiene destinatario propio.

El artículo 413 prevé un tipo de aborto que únicamente puede cumplir la embarazada. Por ello, si bien la complicidad es perfectamente pensable, dado el carácter accesorio de esta forma de participación, dependiente de la conducta del autor principal, no lo es, en cambio, la autoría del número

primero del artículo 14 (404), ya que si el tercero realiza actos materiales de ejecución, junto a con la embarazada, cumple ya el tipo del artículo 411, 2º. Pero, ¿sucede lo mismo con los restantes autores del artículo 14?

Es evidente que el que induce a una embarazada para que ejecute su propio aborto no puede ser considerado inductor de aborto ejecutado por un tercero, salvo que se realice una construcción forzada. El Tribunal Supremo ha venido resolviendo problemas de esta índole rompiendo el título de imputación a través de la aplicación del artículo 60, postura criticable ya que entonces habría que entender que la condición de embarazada es una circunstancia atenuante, y no un elemento del tipo. La doctrina más moderna no encuentra obstáculos en admitir la inducción a un delito especial, así como tampoco para afirmar como posible la cooperación necesaria a tal delito (405), estimando posible

(404) Para establecer diferencias entre la coautoría principal y la coautoría material, vid. QUINTERO OLIVARES. Los delitos especiales y la teoría de la participación. pg. 79. Barcelona 1974 (estimando este autor como posible la coautoría material en un delito especial).

(405) Vid. RODRIGUEZ DEVESA. Parte General cit. pg. 690, GIMBERNAT. Autor y cómplice. cit. pag. 300.

la ruptura del título de imputación (406). Así - las cosas, ¿qué solución adoptar?

Pensamos que, dado que la cualificación personal inserta en el artículo 413 tiene una eficacía privilegiante, basada ~~no~~ en una menor sanción sino en la inexistencia de una cualificación caso de que se produzca el resultado de muerte o lesiones graves, el que induce a la mujer debería ser considerado, si queremos aludir la responsabilidad objetiva, inductor del aborto realizado por - la propia embarazada del artículo 413.

Sin embargo, el sentido de la norma privile-
giante del artículo 413 reside, ~~no~~ en una menor -
antijuridicidad del hecho (el disvalor es el mis-
mo en el aborto provocado por un tercero que en
el auto-aborto), sino en la consideración de una
menor culpabilidad por cuanto se entiende que la
embarazada está en una especial situación que pue
de disminuir su rechazo del delito, circunstancia

(406) RODRIGUEZ MOURULLO. (Comentarios.cit.pag.-
863) admite la posibilidad de ruptura del título
de imputación en los delitos especiales impropios
(es decir, en aquellos que se equivalen con un ti
po común), advirtiendo, sin embargo, que la res-
puesta definitiva a tal problemática incumbe a la
interpretación del particular tipo de delito im-
propio (vid. pag. 863).

que no concurre en el inductor. Por otra parte, si el inductor hace surgir en la embarazada la resolución feticida, pero instigándola a que sea un tercero quién le provoque el aborto, la calificación correcta sería la de inducción a un aborto consentido del párrafo 2º, del artículo 411, que es el hecho realmente efectuado. Podría darse, entonces la paradoja de que si la embarazada inducida a autoprovocarse el aborto, vacila en última instancia - y decide ponerse en manos de un tercero, su cambio de planes acarrearía el cambio del título de imputación de una inducción que, en principio, iba dirigida al autoaborto, y que se mantiene fiel a este propósito. Con lo que la tipificación no dependería ya del propósito del inductor, sino de una veleidad de la inducida.

Por todo ello, creemos que tanto la inducción como la cooperación necesaria a un autoaborto son formas de participación en el artículo 411, 2º, del Código Penal, y no en el 413. El hecho de que esta conclusión acarree el que, si se dan los resultados previstos en el último párrafo del artículo 411, - surja una responsabilidad objetiva, no debe hacer-nos buscar toda suerte de forzadas limitaciones al tipo, sobre todo teniendo en cuenta que el decir que se es inductor de aborto consentido no implica

la imputación automática de los resultados no queridos ni previstos. De otro lado, el tema no radica tanto en la exclusión de hipótesis de lege data, que no anula el tema de fondo de la responsabilidad objetiva, sino que constituye mas bien un problema de lege ferenda (407).

(407) La jurisprudencia se muestra oscilante en lo tocante a este tema. Así mientras en las sentencias de 31-III-1960, 12-I-1962, 2-X-1962 y 30-V-1969, la cooperación necesaria y la inducción a un delito de aborto realizado por la propia embarazada se califican a tenor del artículo 411, 2º, en la STS de 23-V-1962 se habla de "provocación" al delito de aborto del artículo 413.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto en el presente trabajo de investigación, formulamos las siguientes conclusiones:

I.- De lege data

1) ^{*} El aborto en sentido penal es la destrucción dolosa, del producto de la concepción, ya se lleve a cabo dentro del seno materno, ya mediante la violenta expulsión fuera del mismo.

2) (El bien jurídico protegido por el delito de aborto es la esperanza de vida,) en cuanto concepto ideal emanado de una valoración cultural determinada, vigente en una sociedad y en un momento histórico dados. Junto a él, y como bien jurídico subsidiario, se protege el interés demográfico del Estado. La vida e integridad física de la mujer embarazada no constituye bien jurídico objeto de la atención de nuestro legislador, salvo en la hipótesis de prácticas abortivas en mujer no encinta, o empleo de medios inadecuados, con resultado de muerte o lesiones graves de aquella -- (artículo 411, párrafo último).

3) (Sujeto pasivo de la acción abortiva es el Estado, en cuanto tutor del mencionado valor, en

y el

representación de la comunidad.) Esta titularidad del bien jurídico por parte de la entidad estatal tiene carácter de delegada, de tal manera que, si la comunidad delegante estinase en algún momento que el valor aludido no es digno ya que de protección jurídica, por haber variado las concepciones socialmente imperantes al respecto, el Estado, a través de su aparato legislador, tendría que hacer desaparecer el aborto del catálogo punitivo. (esta posibilidad destipificadora a través de variaciones en la "opinio iuris" de la comunidad es también pensable en otros delitos en los que el Estado no tenga la condición de sujeto pasivo, como por ejemplo el estupro).

4) (Objeto del delito de aborto lo es el feto en vías de desarrollo) (no el feto ya carente de vida fetal), (desde el momento mismo de la fecundación del óvulo, hasta el del nacimiento.) Las molas no constituyen objeto de este delito.

5) (El delito imposible por falta de objeto, sin resultados ulteriores de muerte o lesiones graves de la mujer no encinta debidas a las mismas prácticas abortivas, es impune por faltar toda idea de puesto en peligro) (objetiva y subjetivamente) (del bien jurídico.)

Afirma que

6) (El aborto terapéutico es impune si se dan los requisitos exigidos por el artículo 8º, circunstancia 7ª.)

7) (El aborto con resultado de muerte es un delito preterintencional, expresamente tipificado como delito cualificado por el resultado por razones de política criminal, fruto de la nefasta influencia del principio del "versari in re illicita", incorporado a nuestro derecho a través del párrafo 3º del artículo 1º.)

8) (En él están comprendidas las siguientes hipótesis:

- a) (aborto consumado,) del que se deriva la muerte o lesiones graves de la embarazada.
- b) (Tentativa de aborto,) acompañada de los mismos resultados.
- c) (Delito imposible de aborto por inexistencia del objeto del mismo, con los resultados previstos y)
- d) (Tentativa inidónea de aborto por idoneidad de los medios empleados, productora de muerte o lesiones graves en la mujer.)

9) ^{estas} (En todas las hipótesis ~~sá~~pramencionadas, el tipo se consuma cuando se producen los resultados letales o lesivos en él inscritos.

10) (El tipo exige que el aborto se lleve a cabo por un tercero.) El autor material del aborto responde automáticamente a tenor del último párrafo del artículo 411, cuando de su actuación se derivan los resultados contenidos en dicha norma. - Industores y cooperadores necesarios pueden responder o no de la cualificación, según su actividad haya sido causa idónea del resultado ulteriormente producido o mera conditio, en cuyo caso, su responsabilidad se ceñirá al hecho básico del aborto. - Idéntico tratamiento recibirán la inducción y la cooperación necesaria al autoaborto del artículo 413, si del mismo se derivan la muerte o lesiones graves de la abortante. La complicidad en el aborto llevado a cabo por la propia embarazada será ~~siempre~~ complicidad en el artículo 413, por lo -- que, si del hecho se derivan la muerte o lesiones graves de aquella, la responsabilidad del cómplice será, todo lo más a título de culpa.

11) (En contra de la opinión de doctrina y jurisprudencia, y en base a la peculiar configuración del instituto de la preterintención en ~~aues~~

se entiende

tre Código, ~~entendemos~~ que la atenuante 4ª del artículo 92 es aplicable a las hipótesis contempladas en el último párrafo del artículo 411. >

12) (La única corrección que, de lege data, cabe hacer al tipo contemplado en el último párrafo del artículo 411, de nuestro Código Penal es la exigencia, en todos los casos, de una causalidad adecuada, basada en la idea de la previsibilidad objetiva.) Esta misma idea es la que ha de regir los problemas que se planteen en materia de imputación del resultado mas grave a los partícipes en el hecho abortivo.

II. De lege ferenda *§*

CONCLUSION UNICA

(La única y evidente conclusión, que de lege ferenda, cabe hacer, es la de abogar por la supresión no sólo del último párrafo del artículo 411, sino de todo vestigio que en nuestro Código se halle de responsabilidad objetiva, lo que implicaría la derogación del principio del versari, como fuente generadora de dicha responsabilidad, y, con ella, la modificación de todos los institutos con aquel principio conectados.)

(La calificación correcta de los supuestos de aborto acompañado de muerte o lesiones graves de la embarazada sería, entonces, la siguiente:

a) Aborto doloso (en cualquiera de sus grados de ejecución) con muerte o lesiones graves de la mujer, previstas y queridas por el agente.) Concurso de aborto (consumado, frustrado o tentado) con asesinato o lesiones graves del artículo 420, en su grado correspondiente, con la -agravación prevista en el último párrafo de dicho artículo.

(b) Aborto doloso con muerte o lesiones graves previstas y aceptadas por el agente.) Concurso de homicidio (lesiones graves) doloso (dolo eventual) o culposo (si se entiende que el dolo -- eventual queda subsumido bajo la categoría de imprudencia temeraria) con aborto en el grado en que se produzca.

(c) Aborto doloso, del que se deriva la muerte o lesiones graves de la mujer, previsibles y previstas, pero no aceptadas por el agente = Concurso de aborto con homicidio o lesiones culposas por aplicación del artículo 565.

(d) Aborto doloso causante de la muerte o lesiones graves de la mujer, que eran objetivamente pre

visibles, pero no fueron previstos por el agente = Concurso de aborto (en el grado ejecutivo que corresponda) con homicidio o lesiones culposas del artículo 565. Si se demuestra que la previsibilidad sólo alcanzaba a un hombre especialmente cuidadoso, la calificación podría hacerse a tenor del artículo 586.

e) Aborto doloso más muerte o lesiones graves absolutamente imprevisibles e imprevistas = Si no se puede proceder a la ruptura del nexo causal a través de la exigencia de una causalidad adecuada (puesto que ya hemos visto que esta teoría pierde fuerza en favor de la conditio, una vez desaparecida la cualificación por el resultado), siempre queda el recurso a la eximente de caso fortuito para anular la responsabilidad por el resultado más grave, siempre que se supere la exigencia del arranque lícito.

f) (En cuanto al delito imposible, acompañado de los resultados antedichos, una vez suprimido el complejo del párrafo final del artículo 411, -- perdería razón la punición a título de delito de aborto de un supuesto en el que no hay feto, por lo que el agente únicamente respondería, a título de culpa, por los resultados más graves producidos.)

(g) La tentativa relativamente inidónea de aborto, daría lugar a un concurso entre el artículo - 52,2º en relación con el 411 (aunque, de lege ferenda, sería deseable la supresión de la pu nición de la tentativa imposible) (y el homici dio o las lesiones culposas.)

Todas estas conclusiones no entorpecen para que se formule el último "desideratum", y es el de que el número de abortos legalmente admitidos en virtud de las circunstancias especiales que en ellos se den, crezca, en evolución paralela a la de la mayoría de las sociedades que ostentan parejo nivel cultural que la nuestra.

Y que, paralelamente, se adopten toda una serie de medidas de política social destinadas a hacer desaparecer, o al menos a paliar, las causas - que generan la decisión de abortar (como por ejemplo: posibilidad de investigación de la paternidad, posibilidad de reconocimiento de hijos adulterinos, identificación de las situaciones de hijo legítimo o hijo natural o ilegítimo; posibilidad de análisis del líquido amniótico para detectar malformaciones congénitas en el feto; perfeccionamiento de la atención sanitaria a la embarazada; cambio de la mentalidad empresarial respecto de la "trabajadora-ma-

dre", incremento de guarderías gratuitas para las mujeres trabajadoras, difusión de las técnicas anticonceptivas; fomento de institutos de consejo y "planning" familiar, aseguramiento de las condiciones de habitat, etc, etc..

(^{terminar} Castigar el aborto sin llevar a cabo una labor profiláctica no es sino una variante de la conocida técnica del ave cruz, que no sólo no eliminará el problema, sino que lo relegará a una práctica clandestina, tan peligrosa como degradante.) ¿Quién será, entonces, el responsable de la muerte o lesiones graves de la embarazada?

ALGUNAS ABBREVIATURAS EMPLEADAS

ADPCP. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

GA. Goltdammers Archiv für Strafrecht.

GS. Der Gerichtssaal.

JR. Juristische Rundschau.

JZ. Juristenzeitung.

MDR. Monatsschrift für Deutsches Recht.

RG. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGLJ. Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

StGB. Strafgesetzbuch.

ZStW. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- ADAMI, V. "Le conseguenze non volute del reato" en la Giustizia Penale, 1969. Parte II. col 777 y ss.
- ALIMENA, B. "Dei delitti contro la persona. L'aborto" en "Enciclopedia del Diritto Penale italiano". Raccolta di monografie a cura di E. PESSINA, Vol. IX, pag. 686. ss Milano 1909 (Società Editrice Libreria)
- ALIMENA, B. "Concludendo sulla violenza carnale e il delitto di aborto", en Scuola Positiva, 1915, pgs 673 y ss.
- ALIOTTA, E. "La responsabilità obiettiva penale della sua genesi storica" en Rivista di diritto penitenziario, 1942, Vol. II , pgs. 764 y ss.
- ALTAVILLA, E. "Lineamenti di Diritto Criminale", 2ª ed. Napoli 1932 (Ed. ALBERTO MORANO)
- ALTAVILLA, E. "Delitti contro la persona. Delitti - contro l'integrità e la sanità della - stirpe (Titoli XII e X del libro II del Codice Penale)", "Trattato di Diritto Penale" coordinato da Eugenio FLORIAN, pg 315 y ss, Milano 1934 (casa Editrice -

Dottor Francesco Vaguardi).

ALTAVILLA, E. "Preterintenzionalità", en Nuevo Digesto italiano, Tomo X, pg. 351 y ss. Torino 1939.

ANGEONI, M. "La volontarietà del fallo nei reati". "Contributo alla nozione del "dolo", Torino 1927. (Fratelli Bocca-Editori)

ANTOLISEI, F. "La preterintencionalità nelle lesioni personali" en Rivista di diritto e procedura penale, 1914, II. pgs. 683 y ss.

ANTOLISEI, F. "Il rapporto di causalità del diritto penale" (ristampa del volume pubblicato en 1934), Torino, 1960 (G. Giappichelli-Editore).

ANTOLISEI, F. "Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducido por Juan DEL ROSAL, y Angel MORIO, Buenos Aires, 1960 (Unión Tipografica Editorial Hispano Americana UTEHA).

ANTOLISEI, F. "Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale" I, 6ª ed. aggiornata a cura di Luigi Conti, Milano 1972 (ed. por Dott. A. Giuffrè Editore).

ANTON ONECA, J. "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Madrid 1949.

ANTON ONECA, J. RODRIGUEZ MUÑOZ, JASO Y J.M. RODRIGUEZ DEVESA. "Derecho Penal". Parte Especial. Tomo II, Madrid. 1949.

ASCARELLI, A. "Quesiti medico-legali in tema di aborto procurato" en la Giustizia Penale, 1932, Parte I, pgs, 306 y ss.

ABTREIBUNG UND SCHWANGERSCHAFT SUNTERBRECHUNG IN DEN OSTEUROPÄISCHEN LÄNDERN. Studien des Instituts für Ostrecht, München .Herausgegeben von Prof. Dr. Reinhard MAURACH. München, und WALTER ROSENTHAL. Berlin. Herronalb Schwarzwald 1962.

AVORTEMENT ET CONTRACEPTION. Colloque des 11 et 12 mars 1971. Sociologie du Droit et de la Justice. Editions de l'Institut de Sociologie. Université Libre de Bruxelles, 1972.

BATTAGLINI, G. "La questione de la responsabilità oggettiva nel diritto penale", en Rivista Penale, 1936, pgs. 8 y ss.

- BATTAGLINI, G.** "Diritto Penale. Parte Generale". 3ª ed. Padova 1949. (CEDAM. Casa Editrice Cotta Antonio Milani).
- BATAGLINI, G.** "L'interruzione del nesso causale", con osservazioni di Adriano de Cupis e di Cesare Gerin, Milano 1954 (Dott. Antonio Giuffrè- Editore).
- BAUMANN, J.** "Kritische Gedanken zur Beseitigung des Erfolgsqualifizierten Delikte" en *ZStW* 1968 (nº 70) pgs. 227 y ss.
- BAUMANN, J.** "Strafrecht. Allgemeiner Teil", 5ª Aufl Bielefeld, 1968 (Verlag Ernst und Werner Gieseking).
- BECCARI, G.** "La conseguenza non voluta". Milano 1963 (Dott. A. Giuffrè. Editore).
- BELING, E.** "Grundzüge des Strafrechts", Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen, Elfte neugearbeitete Auflage, Tübingen, 1960 (Verlag von J.C. B. Mohr).
- BELLAVISTA, G.** "Atti abortivi su donna ritenuta incinta" en *Rivista Penale*. 1938. pgs. 272 y ss.
- BENASSI, G.** "Aborto" en *la Giustizia Penale*, 1960 Parte I. col. 321 y ss.

- BETTIOL. G. "L'odierno problema del bene giuridico" en "Scritti Giuridici, Tomo II, pgs. 911 y ss. Padova 1966 (CEDAM)-Casa Editrice, Dott. A. Milani).
- BETTIOL, G. "Diritto Penale. Parte Generale". 8ª ed. riveduta e aggiornata, Padova, 1973 CEDAM- Casa Editrice Dott. Antonio Milani).
- BIANCHEDI.C. "Considerazione sul delitto di procurato aborto (Incriminabilità del tentativo)". Rivista Penale. 1927. Vol.CVI.pgs.492,ss
- BINDING, K. "Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts". Besonderer Teil, erster Band, 2ª ed. Leipzig 1902. (nueva impresión de ésta misma edición. Hamburgo 1969. Scientia Verlag (Aalen).
- BINDING, K. "Die Normen und ihre Ubertretung". Eine Untersuchung über die rechtmässige -- Handlung und die Arten des Belikts, Band III: "Der Irrtum" (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1918) Utrecht (Holanda), 1965, (Scientia Verlag Aalen).
- BINDING, K. "Die lehre von Verbrechen". Tübinga 1966

BOCKELMANN. P. "Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs". ZstW 1951 (nº 63) pg. 13 y ss

BOLDT. G. "Zur Struktur der Fahrlässigkeit. Tat. - ZStW 1956 (nº 68) pg. 335 y ss.

BOTELLA LLUSIA- CLAVERO NUÑEZ. J.A. "Tratado de Ginecología. Patología Obstétrica". Tomo II 9ª ed. Barcelona 1972 (Editorial Científico-médica).

BOTELLA LLUSIA, J.- CLAVERO NUÑEZ, J.A. "Tratado de Ginecología. Fisiología femenina". Tomo I. 10ª ed. corregida y aumentada. Barcelona 1974 (Editorial científico-médica)

BOTTINI, F. "Sul delitto di aborto nella gravidanza extrauterina". La Giustizia Penale. 1948 Parte I. Col. 193 y ss.

BRICCOLA, F. "Dolens in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo", Milano 1960 (Dott. A. Giuffrè, Editore).

BRUNS., H. "Zur Frage der Strafbarkeit des "versuchs" eines untanglichen. Subjekts (Anderung der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ?) en "Deutsches Strafrecht. -

Strafrecht. Strafrechtspolitik. Strafrechtswissenschaftliches Ergänzungsblatt der "Deutschen Justiz", Neue folge. 5. Band. 1938, pgs. 161 y ss.

BUFFONI DE FRAIAS, S. "Lesioni o morte conseguenti ad aborto procuratosi dalla donna: sanzioni per i concorrenti nel reato". Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione. 1950, I. pg. 17 y ss.

BUMM, "Aufhebung des Abtreibungs paragraphes" ZStW 1922 (nº 25) pg. 182 y ss.

VON BURI, "Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln und an einen untanglichen Objekt. 65 1968 (nº 20).pgs 325,ss

CAAMAÑO ROSA, A. "El delito de aborto" Montevideo 1958

CARNELUTTI, F. "Lezioni di Diritto Penale. Il reato" Tomo II, Milano, 1943 (Dott. A. Giuffrè Editore).

CARRARA, F. "Programa de Derecho Criminal". Parte Especial. Vol. III. traducido por ORTEGA TORRES y J. GUERRERO. Bogotá 1959 (Editoris Temis).

CARVAJALINO MONTAÑO. "El aborto criminal en los países hispanicos." 1956.

CASALINUOVO. "Valutazione giuridica del concorso di attività della donna e di altri nella esecuzione del delitto di aborto" en Rivista italiana di diritto penale 1938. pgs. 325 y ss.

CAVALLO, V. "El principio di causalità nel Codice - Penale". Napoli (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene).

CAVALLO, V. "Diritto Penale. Parte Generale". vol. II. Napoli 1955 (Casa Editrice Eugenio Jovene).

CEREZO MIR, J. "El versari in re illicita". en ADPCP 1962. pgs. 47 y ss.

CEREZO MIR, J. "El versari in re illicita y el párrafo 3º del artículo 340 bis del Código Penal" en ADPCP 1970, pgs. 287 y ss.

CEREZO MIR, J. "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española". ADPCP 1975, pgs. 41 y ss.

COBO, M. "Praeter intentionem y principio de culpabilidad" en ADEEP 1965. pgs. 85 y ss.

COMITE POUR LA LIBERTE DE L'AVORTEMENT ET DE LA CONTRACEPTION (GRENOBLE). "Liberons l'avortement", Paris 1973 (François Maspero).

CONCAS, L. "Delitti dolosi aggravati da un evento non voluto e tentativo" en Rivista italiana di diritto e procedura penale. 1967. pgs. 809 y ss.

CONTIERI, E. "Delitti contro la integrità e sanità della stirpe" en Nuovo Digesto italiano Tomo III. pgs. 1.191 y ss. Torino 1938

CORDOBA RODA, J. Notas al Tratado de MAURACH. Tomos I y II. Barcelona 1962 (Ediciones Ariel)

CORDOBA RODA, J. - RODRIGUEZ MOURULLO, G. "Comentarios al Código Penal". Tomos I y II. Barcelona 1972 (ediciones ariel S.A.)

COSTA, S. "Evento di morte della donna, inseguito a mezzi abortivi sopra di essa praticati senza che la gravidanza sussistesse" en Scuola Positiva 1929. II. pgs. 414 y ss

- CUELLO CALON, E. "Cuestiones penales relativas al aborto". Barcelona 1931.
- CUELLO CALON, E. "Código Penal. Texto refundido de 1944 y leyes penales especiales". Madrid 1946. (Bosch. Casa Editorial)
- CUELLO CALON, E. "Tres temas penales". Barcelona -- 1955.
- CUELLO CALON, E. "Derecho Penal. Parte Especial". Tomo II. Vol. II. 12ª ed. adaptado y - puesto al día por CESAR CAMARGO HERNANDEZ. Barcelona 1967 (Bosch. Casa Editorial).
- CUELLO CALON, E. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Vol. I. 17 ed. revisado y puesto al día por CESAR CAMARGO HERNANDEZ. Barcelona 1975 (Bosch. Casa Editorial).
- CHIARIOTTI, F. "Omicidio preterintenzionale e morte o lesione come conseguenza di altro delitto" en Archivio Penale. 1946.pgs 239 y ss.
- DELITALA, G. "Il "fatto" della teoria generale del reato". Padova. 1930. (CEDAM, Casa - Editrice. Dott. A. Milani).
- DIAZ PALOS, F. "Aborto" en Nueva Enciclopedia Jurídica. T.III. pgs. 84 y ss.Barcelona 1950.

DIAZ PALOS, F. "La causalidad material en el delito".
Barcelona 1971. (Bosch Casa Editorial)

DOURLEN ROLLIER, A.M.- FRANCK ROLLIER. "Tout savoir
sur l'avortement". Paris 1972 (Edi-
tions Filipacchi).

DUMOULIN DU FRAISSE. G. "L'avortement en Droit Penal.
Depuis le Code de la Famille". Univer-
sité de Strasbourg. Faculté de Droit
et des Sciences Politiques. Paris 1944.

ESCOBEDO, G. "Rapporti e interferenze fra il reato -
di procurato aborto e quello di atti
abortivi su donna ritenuta incinta"
en la Giustizia Penale 1938. II. col.
1.001 y ss.

ENGISCH, K. "Untersuchungen über vorsatz und Fahrläss-
igkeit". Neudruck der Ausgabe. Berlin
1930. München 1964 (Scientia Verlag -
Aalen).

FENECH NAVARRO, M. "Contróbução al estudio del aborto"
en RGLS 1934 pgs. 419 y ss.

FURIN, LECART, HEYLEN y MEULDERS. "Libéraliser l'avorte-
ment". Grenoble 1972. (Editions J. --
Duculot, S.A.).

FERNANDEZ RUIZ. "El aborto criminal (Estudio médico-social)". Madrid. 1940.

FERRER SAMA, A. "El error en Derecho Penal" Murcia -- 1941.

FERRER SAMA, A. "Comentarios al Código Penal". Tomos I y IV. 14 ed. Madrid. 1956 (Editorial Artes Gráficas).

FINZI, M. "Il problema del rapporto di causalità con riguardo al delitto preterintenzionale" en Rivista Penale. Vol. XCV. pgs. 101 y ss. Roma 1922.

FINZI, M. "Il delitto preterintenzionale". Torino 1925

IORE, C. "El reato impossibile". Napoli 1959 (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene).

FRANCHINI, Al. "Medicina legale in materia penale" 6ª ed. Padova 1972 (CEDAM: Casa Editrice Dott. Antonio Milani).

FROSALI, R.A. "L'errore nella teoria del diritto penale". Roma 1933. (Tipografica Editrice)

- FROSALI, R.A. "I reati preterintenzionali". en la Giustizia Penale 1947. II. col. 577 y ss.
- GALDONI, U. "Brevi note in tema di reato progressivo e progressione criminosa" en La Giustizia Penale 1968. II. Col. 821 y ss.
- GALLI, L. "La responsabilità penale per le conseguenze non volute da una condotta dolosa". Milano 1949. (Dott A. Giuffrè)
- GALDO, Ettore. "Reato impossibile per apparente consumazione" en Rivista italiana di diritto e procedura penale 1964. pgs. 1.120 y ss.
- GALLO, Marcelo. "Dolo" en Enciclopedia del Diritto Tomo XIII pp. 750 y ss. Milano 1964 (Giuffrè Editore).
- GIANNITI, F. "L'oggetto materiale del reato". Seminario Giuridico della Università di Bologna, XLVI, Milano, 1966 (Dott. A. Giuffrè-Editore).

GIMBERNAT, E. "Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad". Madrid 1966 (Instituto Editorial Reus S.A.)

GIMBERNAT, E. "La causalidad en Derecho Penal", en ADPCP. 1962. pgs. 543 y ss.

GIMBERNAT, E. "Autor y cómplice en Derecho Penal". - Madrid 1966 (Universidad de Madrid Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e intercambio).

GIMBERNAT, E. "¿Cuándo se conoce la existencia de -- una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código Penal?. en Revista de Derecho de la Circulación. 1969 pgs. 22-23.

GIONA, E. "In torno all'incriminabilità del tentativo d'aborto". en Supplemento a la Ri-vista Penale. Vol. I. pgs. 210 y ss. 1892-1893.

GONZALEZ LLANA, J. "El aborto provocado y la Ley de 24-I-1941" en RELJ. 1941. I. pgs. 238 y ss.

GRAVEN, J. "L'avortement licite ou la réglementation de l'interruption non punissable de la grossesse en droit penal suisse" Extrait de la Revue Pénale Suisse. Berne 1952. pgs. 36 y ss.

GREGORACCI. "Del reato di procurato aborto ove lo stato di gravidanza non esista". Giurisprudenza italiana 1899. IV. pgs. 353 y ss.

GROIZARD, A. "El Código Penal de 1970. Concordado y comentado". Tomo IV. 2ª ed. Madrid 1912 (establecimiento Tipográfico de los Sucesores de J.A. García).

GROSSO, C.F. "Struttura e sistematica dei così detti delitti aggravati dall'evento" en Rivista italiana di Diritto Penale 1963 pgs. 443 y ss.

GROSSO, C.F. "Delitto aggravato dall'evento". Enciclopedia del Diritto. Tomo XII. pgs. 27 - 28. 1964 (Giuffrè Editore).

GROTJAHN-RADERUCH. "Die Abtreibung des leibesfrucht" Berlin 1921.

GUZZON , C. "Dell' aborto terapeutico" en Archivio Penale 1960. pgs. 277 y ss.

HAFTER, E. "Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht B.T." Erste Hälfte. Berlin 1937. 2ª -- Neubearbeitete Aufl. Berlin 1946 (Stampli et co).

HARDWIG , W. "Betrachtungen zur Erfolgsqualifizierung delikte". en G.A. 1965 pgs. 97 yss.

VON HIPPEL,R. "Deutsches Strafrecht" Zweiter Band. Berlin 1930. (Verlag von Julius Springer).

VON HIPPEL, J. "Lehrbuch des Strafrechts". Berlin - 1932 (Verlag von Julius Springer)

HERSCH. "Zur Problematik des Erfolgsqualifizierten Delikt" en GA 1972. Heft. 3. pgs. 65 y ss.

HOOREBEKE-DUMON. "La repression de l'avortement" en Revue de Droit Pénal et Criminologie 1953. pgs. 738 y ss.

MUERTA FERRER, A. "La relación de causalidad en la teoría del delito". Madrid 1948. (Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).

L' INNOCENTE. "Considerazioni en tema di reato impossibile" en Rivista italiana di diritto e procedura penale 1961 pgs. 1.085 y ss.

IRURETA GOYENA, J. "Delitos de aborto, bigamia y -- abandono de niños y otras personas incapaces". Montevideo 1932.

JANNITI PIROMALLO, E. "Il Codice Penale "Illustrato articolo per articolo. volume terzo - (titolo X) pgs. 149 y ss. Milano 1936

JARAMILLO GARCIA, A. "Novísimo Código Penal (de 1928) comentado y cotejado con el de 1870" - vol 12, libro 12. Salamanca 1928 (Imprenta de Silvestre Ferreira).

JESCHECK, H. "Erfolgsdelikte" en Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. Bd. II. A.T. pg. 246 y ss. -- Bonn 1978.

JESCHECK, H. "Lehrbuch des Strafrechts". A.T. Berlin 1972 (Duncker & Humblot).

JESCHECK, H. "Aufbau und Stellung des Bedingten Vorsatzes in Verbrechensbegriff" en Festschrift für Erich Wolff. 1972.

JIMENEZ DE ASUA, L. "Tratado de Derecho Penal". Tomo
VI. La Culpabilidad y su exclusión.
Buenos Aires 1962 (Editorial Losada).

JIMENEZ DE ASUA, L. "Tratado de Derecho Penal". Tomo
V. La culpabilidad. 2ª ed. Buenos Aires
1963. (Editorial Losada).

JIMENEZ DE ASUA, L. "Tratado de Derecho Penal. Tomo
III. El Delito. 3ª ed. actualizada. Bue
nos Aires 1965. (Editorial Losada).

JIMENEZ VARGAS, J. y LOPEZ GARCIA, G. "¿A qué se lla
ma aborto?. Madrid 1975 (Biblioteca cul
tural RTVE).

KAUFMANN, Armin. "El dolo eventual en la estructura
del delito". En ADPCP 1960, pgs 185 y ss

KAUFMANN, Arthur. "Das Schuldprinzip. Eine Strafrech
tlich -rechts-philosophische Untersuchung"
Heidelberg 1961 (Carl Winter, Universitäts
tsverlag).

KOHLER, A. "Deutsches strafrecht" A.T. Leipzig 1917
(Veit & Co verlag).

KOHLRAUSCH-LANGE. "Strafgesetzbuch: mit Erläuterungen und Nebengesetzen 43. Aufl. bearbeitet von Dr. R. Lange. Berlin 1961. (Walter de Gruyter & Co.).

KOLLMANN, H. "Die lehre vom versari in re illicita in Rahmen des Corpus iuris canonici", en ZStW 1914 (nº 35) pgs. 46 y ss.

LANDROVE DIAZ. "Politica criminal del aborto", Barcelona 1976. (Bosch).

LANG HINRICHSSEN, D. "Zur Krise des Schuldgedankens" en ZStW 1961 (nº 13) pg. 210 y ss.

LANG HINRICHSSEN, D. "Zum strafrechtlichen Rechtsschutz des Lebens vor der Geburt", en JR 1970. pgs. 365 y ss.

LANGE, R. "Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung" en JZ 1953, pgs. 9 y ss.

LATTANZI, G. "I Codici Penali" Annotati a cura di - Giuseppe Lattanzi. 5ª ed. Milano. 1968 (Dotto A. Giuffrè. Editore).

LEIPZIGER KOMMENTAR. "Strafgesetzbuch", begründet von
L. Ebermayer, A. Lobe y W. Rosenkery 9ª
Aufl. 2ª Bd. § 80 - 262. Berlin 1974. --
(Walter de Gruyter).

LEONE, G. "De l'oggettività giuridica d~~de~~ delitti di
aborto". en Annali di Diritto e procedura
penale 1936. pgs. 723 y ss.

LEONE, G. "El reato aberrante". Napoli 1964 (Casa
Editrice Dott. Eugenio Jovene).

VON LISZT-FRANK. "Tratado de Derecho Penal". Traduci-
do de la 20ª edición alemana por LUIS JI
MENEZ DE ASUA y adicionado con el Derecho
penal español por QUINTANILHANO SALDAÑA. -
Tomo III. 2ª ed. Madrid. 1929 (Editorial
Reus S.A.).

VON LISZT, F. - SCHMIDT, E. "Lehrbuch des Deutschen
Strafrechts" 25 Aufl. Berlin und Leipz-
ig 1927 (Walter de Gruyter & Co.)

VON LISZT, F. - SCHMIDT, E. "Lehrbuch des Deutschen
Strafrechts". Erster Band. Einleitung
und A.T. 26ª Aufl. Berlin und Leipzig
1932. (Walter de Gruyter & Co.)

- LOASSES, C. "Il rapporto di causalità nel tentativo e nel reato impossibile. La idoneità dell'azione inconcreto (C. P. art. 40, 49, 56) en Giustizia Penale 1956, II. col. 274 y ss.
- LOGOZ, P. "Commentaires du Code Pénal Suisse". Partie Speciale. I. Art. 111 a 212) Neuchâtel (Svizzera). 1955 (Delachaux et Niestlé S.A.).
- LONGHI, S. "Le donne violentate in guerra e lo stato di necessità". en Scuola Positiva - 1915. pgs. 481 y ss.
- LOPEZ GOMEZ y GIBERT CALABUIG, J.A. "Tratado de Medicina legal". Tomo II. 3ª ed. Valencia. 1970 (Editorial Saber).
- DE LUCA, M.V. "La distinzione tra l'aborto cagionato a donna consenziente e il concorso nell'aborto procuratosi dalla donna e nell'iniziativa di questa" en Rivista Penale 1933. I. pgs. 84 y ss.
- LUTTGER. "Der Beginn des Lebens und das Strafrecht" en JR 1969. pgs. 445 y ss.

MACAGGI, D. "Sul titolo di reato per manœuvre abortive in caso di gravidanza ectopica" en *Rivista Penale* 1936. pgs. 937 y ss.

MAGGIORE, G. "Diritto Penale". vol II. parte Speciale, Delitti e contravvenzioni. Tomo II. (art. 545- art. 738), 4ª ed. riveduta e ampliata. Bologna 1961 (Nicola Zanichelli Editore).

MAHIG, J. "Dossier sur l'avortement". Ottawa 1972 (Editions du Jour).

MANRIQUEZ BUSTOS, E. "Protección penal de la vida humana en su primera etapa". Memoria nº 5 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile 1963. (Editorial Jurídica de Chile).

MANZINI, V. "L'aggravante della morte della gestante nei delitti di aborto (art. 549 C.P.) en *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione*. 1951. I. pgs. 31 y ss.

MANZINI, V. "Trattato di Diritto Penale" 4ª ed. vol I, a cura di Prof. G.D. Pisapia, Torino 1961 (Unione Tipografico-Editrice Torinese)

- MANZINI, V. "Trattato di Diritto Penale italiano"
4ª ed. aggiornata dai professori P.
Nuvolone y G.D. Pisapia. volume VII.
Torino 1963 (Unione Tipografico-Editrice
ce Torinese).
- DE MARSICO, A. "Diritto Penale" Parte Generale. Ris
tampa con note di aggiornamento del -
Dott. Maulio Mazzanti. Napoli 1969 (Ca
sa Editrice Dott. Eugenio Jovene).
- MARTINEZ, J.A. "Aborto ilícito y derecho al aborto"
La Habana 1942. (Biblioteca jurídica
de autores ~~urbanos~~ y extranjeros. vol
654).
- MARTINEZ VAL, J.M. "El sujeto pasivo en el delito de
aborto" en R.G.L.J. 1957 pgs. 5 y ss.
- MAURACH, R. "Tratado de Derecho Penal" Traducción y n
otas de Derecho Penal por Juan CORDOBA
RODA. Tomos I y III. Barcelona 1962 --
(Ediciones Ariel).
- MAURACH. R. "Deutsches Strafrecht" Besonderer Teil
5ª erweiterte und Bearbeitete Auflage.
Karlsruhe 1969 (Verlag C.F. Müller).

MAYER, MAX ERNST. "Das Kausal zu sammenhang zwischen Handlung und Erfolg in Strafrecht". - Straßburg 1899.

MAYER, MAX ERNST. "Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrecht". - Heidelberg 1923.

MAYER, HELLMUTH. "Strafrecht". A.T. Stuttgart 1967 (W. KOHLHAMMER VERLAG).

MERKEL, A. "Lehrbuch des Deutschen Strafrecht". - Stuttgart 1889 (Verlag von Ferdinand Ente).

MESSINI, R. "Consenso e suggestione nel procurato aborto e nel homicidio" en Rivista -- italiana di diritto penale 1933. pgs. 79 y ss.

MEYER ALLFELD. "Lehrbuch des Deutschen Strafrecht" von Philipp Alfeld. 9ª unter Berücksichtigung der neuesten Gesetzgebung vielfach veränderte Auflage. A.T. Leipzig - 1934.

MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal. Nueva edición, revisada y puesta al día por JOSE A. RODRIGUEZ MUÑOZ. Tomo I. Madrid 1955 (Editorial Revista de Derecho Práctico

MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". Tomo II
Traducción de la 2ª ed. alemana (1933)
y notas de Derecho Penal por JOSE A. RODRIGUEZ MUÑOZ. 3ª ed. adicionada y puesta al día por ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Madrid 1957. (Editorial Revista de Derecho Privado).

MEZGER, E.-BLEI, H. "Strafrecht". II. Besonderer Teil
Ein Studienbuch von E. MEZGER fortgeführt von H. BLEI 9ª neubearbeitete Aufl.
München und Berlin 1966. (C.H. BECKSCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG).

MIELE, P. "La pena nel delitto di atti abortivi su donna ritenuta incinta" en la Giustizia Penale 1958, II. col 90 y ss.

MIRTO, P. "La responsabilità oggettiva e l'art. C.P." en la Giustizia Penale 1957. Parte 2ª: Col. 657 y ss.

MOLETTI, L. "In tema di reato impossibile" en la Giustizia Penale 1954, II. col 836 y ss.

MOUREAU, P. "Possibilités de répression de l'avortement". Révue de Droit Pénal, et Criminologie 1953. pgs. 784 y ss.

MUÑOZ CONDE, F. "Derecho Penal". Parte Especial. Vol I. Delitos contra las personas. Sevilla 1976. (Publicaciones de la Universidad de Sevilla).

NAPOLITANO, T. "L'aborto nella legge penale sovietica". en Scuola Positiva 1934, pgs. 12 y ss.

NEPPI MODONA, G. "I concetti di idoneità degli atti e idoneità dell'azione. Struttura e accertamento" en Rivista italiana di diritto e procedura penale 1963 pgs. 753,ss

NUCCI, "Preterintensione, previsione del evento e compensabilità delle circostanze" en Scuola Positiva 1934 pgs. 22 y ss.

NUÑEZ BARBERO, R. "El delito imposible". Salamanca -- 1963. (Acta Salmanticensia, colección de memorias y trabajos científicos, Derecho. Tomo V. nº 1 editado por la Universidad de Salamanca).

NUÑEZ BARBERO, R. "La estructuración jurídica del delito culposo" en ADPCP 1974, pgs. 61 y ss.

NUÑEZ BARBERO, R. "El delito culposo (Su estructuración jurídica en la dogmática actual)"
Salamanca 1975. (Acta Salmanticensia.
Derecho 33, editado por la Universidad
de Salamanca).

DEHLER, D. "Das Erfolgsqualifizierende Delikt und --
die Teilnahme an ihm" en GA 1954. pgs.
33 y ss.

OEHLER, D. "Das Erfolgsqualifizierte Delikt als -
Gefährdungsdelikt" en ZStW 1957 (nº 69)
pgs. 503 y ss.

OLIVA, H. "La estafa procesal". 1ª ed. Madrid, 1970
2ª ed. revisada y renovada, Madrid 1974
(Publicaciones del Instituto de Criminología.
Universidad de Madrid).

PACHECO, J.A. "Código Penal concordado y comentado"
(C. 1860) 4ª ed. Madrid. 1870 (Imprenta
de Manuel Tello).

PAGLIARO, A. "La responsabilità del partecipe per il
reato diverso da quello voluto" Studi
di Diritto Penale. Raccolti da Giacomo
Delitala. Milano. 1966 (Dott. A. Giuffrè
Editore)

- PANNAIN, R. "Manuale di Diritto Penale " II. Parte Speciale. Tomo I. Torino 1957. (Unione Tipografico-Editrice Torinese).
- PANNAIN, R. "Aborto" en Nuovo Digesto italiano. Tomo I. Torino 1957, pgs. 81 y ss. (Unione Tipografico-Editrice Torinese).
- PANNAIN, R. "Manuale di Diritto Penale". 3ª ed. completamente rielaborata I. parte Generale. Torino 1962. (Unione Tipografico. Editrice Torinese).
- PAOLI, G. "Dolo preterintenzionale e colpa. L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni" en Rivista italiana di diritto penale 1932 pgs. 655 y ss.
- PELUSO, G. "Il reato impossibile" Studi in onore di E. Eula. vol. III. pgs. 231 y ss, Milano 1957.
- P.J.PEREDA, J. "Un caso de punición de delito imposible y de tentativa inidónea (alrededor del artículo V de la ley sobre el aborto de 24-X-1941)" en RGLJ 1941. pgs. 268, ss
- P.J.PEREDA, J. "El versari en re ilícita". En la doctrina y en el Código Penal. Solución suareciana". Madrid, 1948 (Instituto, Editorial Reus).

- P.J.PEREDA, J. "Vestigios actuales de responsabilidad objetiva". en ADPCP 1956, pgs. 213 y ss.
- PESSINA, E. "Aborto procurato" en Enciclopedia giuridica italiana. Vol. I. parte I. pgs. 55 y ss. Milano 1884.
- PETROCELLI, B. "Principi di Diritto Penale" Vol. I. Ristampa inalterata della seconda edizione. Napoli 1964 (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene).
- PIACENZA, SP "Nozione e contenuto del reato complesso" en Rivista Penale 1936. pgs. 953 y ss.
- PIACENZA, S. "Teoria de la responsabilidad e della punibilit  oggettiva". Roma .Il nuovo diritto 1938.
- PIACENZA, S. "Concorso nel delitto di aborto procuratosi dalla donna e responsabilit  penale del concorrente" en Giustizia Penale 1950 II, col. 982 y ss.
- POZZATO, "Aborto criminoso con morte della gestante" en Giustizia Penale 1952, I. col. 53 y ss

QUINTANO RIPOLLES, A. "Delito cualificado por el resultado" en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo VI. pgs. 466 y ss. Barcelona 1954 (Francisco Seix, Editor)

QUINTANO RIPOLLES; A. "Compendio de Derecho Penal" Tomo I. Adaptado al programa de oposiciones a la Escuela Juridical. Madrid. 1958 (Editorial Revista de Derecho Privado).

QUINTANO RIPOLLES, A. "Derecho Penal de la culpa". Barcelona 1958 (Editorial Bosch)

QUINTANO RIPOLLES, A. "Comentarios al Código Penal 2ª ed. renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique GIMBERNAT ORDEIG. Madrid 1966 (Editorial Revista de Derecho Privado).

QUINTANO RIPOLLES, A. "Tratado de la parte Especial del Derecho Penal". Tomo I. Vol. I. Infracciones contra las personas en su realidad física 2ª ed. puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG. Madrid 1972 (Editorial Revista de Derecho Privado).

- QUINTERO OLIVARES, G. "Los delitos especiales y la teoría de la participación". Barcelona 1974 (Editorial Cynys).
- RAITER, M. "Avortement criminel et dépopulation"
"Examen de la loi de Correctionnalisation (Etude de Sociologie Criminelle)"
Tesis doctoral. Faculté de Droit de l'Université de Paris) Paris 1920. (Jouve & Co. éditeurs).
- RANIERI, S. "Delitti aggravati dall'evento o reato - complesso" Scuola Positiva. 1947. pgs 243 y ss.
- RANIERI, S. "El concorso di piu persone in un reato"^{2º}
Edizione Riveduta e aggiornata, Milano, 1949, Dott. A. Guffré Editore)
- RANIERI, S. "Manuale di Diritto Penale" Vol. III. Parte Speciale. (I singoli delitti (Tit. VIII - XIII). Le contravvenzioni.) Padova 1952 (CEDAM. Casa Editrice Dott. Antonio Milani).
- RANIERI, S. "Manuale di Diritto Penale" Vol. I. Parte Generale, 3ª ed. riveduta e aggiornata. Padova 1956. (CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani).

RENDE, D. "I delitti con doppio evento". Rivista Penale, 1938 pgs. 3 y ss.

RICCIO, S. "Concorso di reati e delitti qualificati dall'evento". Annali di Diritto e Procedura Penale 1935, pgs. 664 y ss.

RICCIO, S. "I delitti aggravati dall'evento". Napoli 1936.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M. "Derecho Penal Español". Parte General 4ª ed. Madrid. 1974.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M. "Derecho Penal Español". Parte Especial. 6ª ed. Madrid, 1975.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. "Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1963, pgs. 294 y ss.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. "Atenuante de preterintencionalidad". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1970, pgs. 555 y ss.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. "Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal Español". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1971, pgs. 369 y ss.

RODRIGUEZ MUÑOZ. "Notas al Tratado de Mezger" Tomo II. 2ª ed. Madrid 1957. (Revista de Derecho Privado).

DEL ROSAL, J. "Acerca del pensamiento penal español y otros problemas penales" Madrid 1942 (Editorial Aldecoa).

DEL ROSAL, J. ("Aborto con resultado de muerte" en "Estudios Penales" pgs. 105-131. Madrid 1948. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).

DEL ROSAL, J. COBO, M. RODRIGUEZ MOURULLO, J. "Derecho Penal Español" (Parte Especial) "Delitos contra las personas". Madrid 1962.

DEL ROSAL, J., COBO, M., RODRIGUEZ MOURULLO, J., CASTRO: "Código Penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios". Madrid 1964.

ROSSI, P. "Impunita e sanzioni nelle varie ipotesi di procurato acceleramento del parto". Giustizia Penale. 1935. II. col 1.157 y ss.

- RUIZ VADILLA, E. "Desviaciones al principio "No hay pena sin culpabilidad" en el Código Penal Español" en "Estudios Penales en homenaje al P. Julián Pereda, S.J. en su 712 aniversario". pgs 669-681. Bilbao 1965. (Universidad de Deusto).
- RUSSO PARRINO, E. "Il correo nei delitti di aborto su donna consenziente" Giustizia Penale. 1951 (II). col. 432.
- SABATINI, G. "Stato di necessità e dolo in tema di aborto procurato". Rivista Penale. 1935 pgs. 308 y ss.
- SABATINI, G. "Instituzioni di Diritto penale". vol I. "Parte Generale" 4ª ed. Catania 1946 (Casa del Libro).
- SABATINI, G. "Instituzione di Diritto Penale". Vol II. "Parte Speciale". 3ª ed. Catania 1947. (Casa del Libro).
- SALDAÑA, G. "Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870". Madrid 1920. (Editorial Reus.)

SALTELLI, C., ROMANO DI FALCO, E.: "Commento teorico práctico del Nuevo Codice Penale" Vol IV (Titulo X). 2ª ed. Torino. 1940 -- (UTET).

SANTORO, A. "Manuale di Diritto Penale". Tomo I. Torino 1948. (Unione Tipografica-Editrice Torinese).

SANTORO, A. "Manuale di Diritto Penale", Tomo III (Parte Speciale: Delitti contro la Società) Torino. 1965. (Unione Tipografica-Editrice Torinese).

SAUER, W. "Allgemeine Strafrechtschre. Eine Lehrbuchmäßige Darstellung" 3ª ed. Berlin 1955 (Walter de Gruyter & co.).

SAX, W. "Der Grundtatbestand bei den Tötungsdelikten bei der Abtreibung" ZStW, vol 64, 1952. pgs. 393 y ss.

SCHEPELER, R. Manuel. "El delito de aborto" Santiago de Chile. 1967 (Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Universidad Católica de Chile).

- SCHMIDT, E.** "La ley y los jueces: Valores positivos y negativos del positivismo" en **Gustav Radbruch y otros** "Derecho injusto y Derecho nulo" (Introducción y traducción de José María Rodríguez Paníagua). Madrid 1971 (Aguilar).
- SCHMIDT, Richard.** "Grundriss des Deutschen Strafrecht" 22 ed. Leipzig. 1931 (C.L. Hirschfeld Verlag).
- SCHNYDER, W.** "Der Versuch an untauglichen Objekte in Falle der Abtreibungshandlung an einer Nichtschwangeren" (Tesis doctoral) Solothurn 1970.
- SCHONKE, A., SCHRODER, H.** "Strafgesetzbuch Kommentar" 17ª ed. München 1974. (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung).
- SCHRODER, H.** "Teilnahmeprobleme bei der Abtreibung" MDR 1970. pgs. 191 y ss.
- SCHUBARTH, M.** "Das problem der Erfolgsqualifizierten Delikte". Auslandsteil der ZStW, Vol 85 1973, pgs. 754-781.

- SEEBALD, "Teilnahme am Erfolgsqualifizierten und am Fahrlässigen Delikt". G.A.1964 pgs 161 y ss.
- SEVERINO, M. "Codice Penale comentato con la giurisprudenza e corredato delle leggi complementari" 5ª ed. Roma 1973 (Jandi Sapi Editori).
- SEVERINI, L. "Morte e lesione come conseguenza di altro delitto". Giustizia Penale. 1933 II: col. 702 y ss.
- SIMONIN, C. "Medicina legal judicial" traducción de la 3ª ed. francesa por G.L. Sánchez - Maldonado. Barcelona 1966 (Editorial Jims).
- SIMSON, G., GEERDS, F., "Straftaten gegen die Person und Sittlichkeits Delikte in rechtsvergleichenden Sicht" München 1969. (Verlag C.H. Beck).
- SPASARI, M. "Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale," Archivio Penale. 1957. pgs. 229 y ss.
- STAMPA BRAUM, J.M. "El objeto material de los delitos contra la vida". ADPCP 1980. pgs. 519-555

STRATENWERTH, G. "Schweizerisches Strafrecht (Besonderer Teil I)". Bern. 1973. (Verlag -- Stämpeli & Cie AG Bern).

SUAREZ MONTES, R. "El consentimiento en las lesiones" Pamplona. 1959. (Publicaciones del Estudio General de Navarra).

SUAREZ MONTES, R. "Delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" ADPCP 1966, pgs. 215-230.

TARDIEU, A. "Etude medico-legale sur l'avortement". Paris. 1920 (librairie J.B. Baillière et fils).

THOMSEN, A. "Das Deutsche Strafrecht (Allgemeiner Teil)". Berlin. 1906. (Verlag von Struppe & Winkler).

FOCCI, A. "Il Procurato Aborto. (Tratatto medico-legale)". Milano. 1954. (Dott A. Giuffré Editore).

ULSENHEIMER, K. "Zur Problematik des Versuchs erfolgssqualifizierten Delikt" . G.A. 1966. pgs. 257 y ss.

- VALENTINE, "Errata corrige all'art 550 del Codice Penale". Giustizia Penale. 1953 (II). col. 282 y ss.
- VANNINI, O. "Manuale di Diritto Penale. Parte Generale". Firenze 1948. (casa Editrice del Dott. Carlo Cya).
- VANNINI, O. "Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale" Milano. 1951. (Dott. A. Giuffr  - Editore).
- VANNINI, O. "Quid iuris. Manuale di esercitazione pratiche in Diritto Penale", vol V. ("Aborto. Omicidio preterintencional"). Milano. 1950 (Dott. A. Giuffr  Editore)
- VANNINI, O. "Quid iuris. Manuale di esercitazioni pratiche in Diritto Penale" vol VIII. ("In tema di concorso di persone nel reato") Milano, 1952 (Dott. A. Giuffr  Editore).
- VANNINI, O. "Quid iuris. Manuale di esercitazione pratiche. in Diritto Penale". vol. X. ("Poch  parole, machiare parole in tema di dolo"). Milano, 1953 (Dott. A. Giuffr  Editore).

- YANNINI, O.** "Reato impossibile" en "Studi in onore di V. Manzini". pgs. 473 y ss. Padova 1954.
- VIEITES, M.** "L'aborto al vaggio della morale e della legge penale". Giustizia Penale. 1932 - (II) col. 1929 y ss.
- VISCO, A.** " L'aborto criminoso nel diritto penale, nella medicina legale, nella politica demografica". Milano 1941. (Frattelli. Bocca Editori).
- VITALE, N.** "La preterintenzione" Milano. 1936. (Dott A. Giuffr  Editore).
- WACHENFELD, F.** "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts" München 1914 (Oskar Beck, Verlag).
- WEGNER, A.** "Strafrecht. Allgemeiner Teil". Göttingen 1951.
- WELZEL, H.** "La teor a de la acci n finalista". Buenos Aires. 1951 (Editorial De Palma).
- WELZEL, H.** "Das Deutsche Strafrecht. Ein Systematische Darstellung" 10  ed. Berlin 1967 (Walter de Gruyter & Co.)

- WELZEL, H. "Das Deutsche Strafrecht. Ein Systematische Darstellung". 11ª ed. Berlin 1969 (Walter de Gruyter & co.)
- WELZER, H. "Derecho Penal Aleman, Parte General" Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed. Santiago de Chile 1970 (Editorial Jurídica de Chile)
- ZUCCALA, G. "Aborto". en "Enciclopedia del diritto" Vol. I. pgs. 127 y ss. Milano 1958 (Dott. A. Giuffré Editore).
- ZUCCALA, G. "Atti abortivi su donna ritenuta incinta" en "Enciclopedia del diritto" Vol IV. Milano, 1959. pgs. 1 y ss. (Dott. A. Giuffré Editore)
- ZUCCALA, G. "Il delitto preterintenzionale". Palermo 1952. (G. Priulla Editore).

INDICE

INDICE

CAPITULO Iº. <u>CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE ABORTO Y BIEN JURIDICO PROTEGIDO.</u>	2
A) CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE ABORTO...	3
I) Concepto vulgar y concepto obstétrico.....	4
II) La Ley de 24-I-1941.....	6
III) Elaboración doctrinal.....	7
IV) Tesis jurisprudencial.....	9
B) DISTINCION ABORTO-PARTO PREMATURO...	11
C) EL PROBLEMA DEL BIEN JURIDICO.....	13
I) Breve apunte comparativo.....	16
II) La "spes vitae" como bien jurídico protegido.....	37
III) El criterio del interes demográfico.....	48
IV) La protección a la vida e integridad física de la mujer.....	50
V) El problema de la fijación del sujeto pasivo.....	54
VI) Conclusiones.....	61

CAPITULO 2º. <u>EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE</u>	
<u>ABORTO</u>	65
A) EL FETO COMO OBJETO MATERIAL DEL DE LITO DE ABORTO	66
B) EL DELITO IMPOSIBLE DE ABORTO POR INEXISTENCIA DEL OBJETO.....	71
C) EMBARAZO EXTRAUTERINO Y MOLAS.....	96
D) LIMITES MINIMO Y MAXIMO DEL DELITO DE ABORTO	105
 CAPITULO 3º. <u>ELEMENTOS DEL TIPO DEL ULTIMO PARRA</u>	
<u>FO DEL ARTICULO 411 DEL CODIGO</u> -	112
<u>PENAL</u>	112
A) EL NEXO CAUSAL EN LOS TIPOS DEL ULTI MO PARRAFO DEL ARTICULO 411.	113
I) Planteamiento.	113
II) Aplicacion de la teoria de la - adecuación al último párrafo del artículo 411.. ...	119
III) Concepto y determinacion de la adecuación.....	122
IV) Adecuación, previsibilidad obje- tiva y concepto de peligro.....	125

V) Doctrina jurisprudencial sobre el nexo causal en los delitos - cualificados por el resultado, y, más concretamente, en los <u>ca</u> <u>ses</u> previstos por el último pá- rrafo del artículo 411.....	131
VI) Interrupción del nexo causal...	138
VII) Conclusiones	146
 B) CONDUCTAS COMPRENDIDAS EN EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.	 151
I) Tentativa de aborto con resulta- do de muerte-lesiones graves como hipótesis comprendida en el últi- mo párrafo del artículo 411.....	153
II) Consumación de las hipótesis pre- vistas en dicho párrafo.....	160
III) La cuestión de la licitud del aborto terapéutico	164
IV) Prácticas abortivas en mujer no encinta, creyéndola embarazada..	177
V) Empleo de medios inadecuados para producir el aborto.	192
VI) Hipótesis excluidas de la agrava- ción prevista en el último parra- fo del artículo 411.....	194

CAPITULO 42. NATURALEZA DEL DELITO DE ABORTOCON RESULTADO DE MUERTE O LESIO-NES GRAVES 201

A) El versari in re ilícita y sus re-
percusiones en la estructura de -
nuestro código.. . . . 204

I) El versari in re ilícita y la
preterintención 213

a) Naturaleza jurídica de la
preterintención 215

b) Naturaleza jurídica de los de-
litos cualificados por el re-
sultado 223

c) Relaciones entre la preterin-
tención y los delitos cualifi-
cados por el resultado..... 231

d) Sobre la aplicación de la ate-
nuante 4ª del artículo 9º al
último párrafo del artículo -
411 239

B) NATURALEZA JURIDICA DEL ULTIMO PARRA-
FO DEL ARTICULO 411 249

I) La tesis del dolo eventual 251

II) El aborto con resultado de muerte-
lesiones graves, como delito pre-
terintencional 266

III) El último párrafo del artículo 411 como hipótesis de responsabilidad objetiva	266
--	-----

CAPITULO 2. <u>PROBLEMAS DE PARTICIPACION EN EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411.</u>	269
A) DOCTRINA GENERAL SOBRE PARTICIPACION EN DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO	270
B) DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE PARTICIPACION EN ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE O LESIONES GRAVES	275
C) DISTINCION JURISPRUDENCIAL ENTRE COOPERACION NECESARIA Y COMPLICIDAD EN MATERIA DE ABORTO	283
I) Actos no necesarios para la realización del aborto	284
II) Actos necesarios para la verificación del mismo.	287
D) EL PROBLEMA DEL NOVIO-INDUCTOR.....	289
E) CONCLUSIONES SOBRE LAS DISTINTAS FORMAS DE PARTICIPACION EN RELACION CON EL ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 411....	290
F) PARTICIPACION EN AUTO-ABORTO SEGUIDO DE MUERTE CON LESIONES GRAVES.....	295

●CONCLUSIONES	306
BIBLIOGRAFIA	317
INDICE	359



UNIVERSIDAD DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

SECRETARIA

Excmo. Sr.:

En virtud de los acuerdos de la Junta de Facultad, tengo el honor de remitir a V.M.E. - el trabajo de Tesis presentado por D^a Susana - HUERTA TOCILDO, sobre el tema "ABORTO CON RESULTADO MUERTE-LESIONES GRAVES", a fin de que ese Departamento que V.M.E. dirige emita el correspondiente informe para su posible paso al trámite de lectura.

Madrid, 15 de septiembre de 1.976.

EL DECANO,

EXCMO. SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL.